

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTE DE DROIT

LE
POUVOIR HIÉRARCHIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 23 Janvier 1909, à 3 heures

PAR

PROSPER MOLLIER

Président : M. LARNAUDE, professeur
Suffragants { *MM. CHAVEGRIN, professeur*
 LESEUR, agrégé

PARIS (5^e)
V. GIARD & E. BRIÈRE
LIBRAIRES-ÉDITEURS
16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1909



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

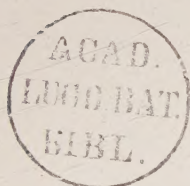
La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE
POUVOIR HIÉRARCHIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 23 Janvier 1909, à 3 heures



PAR

PROSPER MOLLIET

Président : M. LARNAUDE, professeur

Suffragants { *MM. CHAVEGRIN, professeur*
LESEUR, agrégé

PARIS (5°)

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1909

INTRODUCTION

Parvenues à un certain degré de développement, les sociétés s'expriment par l'intermédiaire d'un organe collectif : l'Etat. Celui-ci à son tour se choisit des collaborateurs ; ce sont les fonctionnaires.

A la fonction familiale des peuples primitifs et à la fonction municipale qui suppose déjà une organisation moins simplifiée, se substitue la fonction étatique qui progressivement se spécialise et s'étend. A ce rôle restreint comprenant les seules charges militaires, judiciaires et fiscales, succède un rôle infiniment plus large. C'est ainsi que l'autorité publique ne consent plus à se désintéresser de ce qui touche à l'assistance, à l'enseignement, au travail, aux moyens de transport et de communication, etc. Parfois même, elle empiète sur le domaine qui semblerait réservé à l'initiative privée.

L'individualisme, même anglo-saxon, est en baisse ; un autre idéal se constitue qui implique au contraire plus de solidarité et par suite un régime d'Etat plus

compliqué (1). L'évolution moderne a donc démenti les assertions de cette Ecole qui prévoyait le jour prochain où l'Etat se confinerait dans l'exercice de la justice (2). Cela prouve tout au moins que le problème n'est pas susceptible de recevoir une solution *a priori* et définitive. Celle qui est vraie pour tel peuple n'est pas exacte pour tel autre et celle qui convient à une époque déterminée ne convient pas à tous les temps.

La théorie opposée, qui exalte la grandeur de la collectivité et lui sacrifie tout au mépris des droits de l'individu, ne saurait non plus être invoquée puisqu'il y a là plutôt une question de mesure que de principe. On doit seulement affirmer sans crainte, qu'à part les services qui lui incombent indiscutablement, il en est un grand nombre qui, par leur nature, reviennent au gouvernement, soit parce que les particuliers ne possèdent pas les moyens d'action suffisants pour en assurer le fonctionnement, soit parce qu'ils ne peuvent faire l'objet d'entreprises rémunératrices. Enfin quand ils comportent un monopole de fait, ce privilège est-il beaucoup moins redoutable entre les mains de simples citoyens ?

En résumé, l'extension du champ de l'activité pu-

(1) Hauriou, *Précis de droit administratif*, 4^e édit., p. 236, note 1.

(2) H. Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, p. 822. — V. également : Leroy-Beaulieu, *L'Etat moderne et ses fonctions*. — Dupont-White, *L'individu et l'Etat*. — Cf. Cauwès, *Cours d'Economie politique*, t. I, p. 149. — H. Spencer, *L'individu contre l'Etat*.

blique s'est réalisée partout, même en France, où l'individualisme a toujours été en faveur. Elle est surtout sensible chez les nations de formation récente. C'est donc un phénomène général contre lequel il paraît malaisé de réagir. Sans doute, il a suscité les plus vives controverses et ses résultats ont prêté souvent à de justes critiques, mais cette appréciation est du ressort de l'Economie politique. Aussi, sans discuter les capacités ou les défauts de l'administration, qu'on s'est plu d'ailleurs à exagérer suivant une opinion préconçue, il est certain que son organisation exige d'autant plus de soins et de prudence que son rôle se complique davantage et nous rentrons ainsi dans la sphère du droit administratif.

Les besoins auxquels il est indispensable de pourvoir se multiplient sans cesse ; l'intervention sociale se manifeste sous les formes les plus variées. A côté des intérêts vitaux, apparaissent des intérêts moins essentiels ou d'un caractère moins général. L'effort demandé dépasse alors le cadre et les moyens des organes rudimentaires dont se contentaient les civilisations moins avancées. Pour répondre à ces exigences nouvelles, deux systèmes ont été employés.

Dans le premier, le souverain abandonne une partie de ses attributions au profit d'autorités inférieures dotées d'une grande indépendance. C'est le système de l'Autonomie.

Il ne faut pas prendre cette expression au sens lit-

téral, sinon ce fractionnement de la puissance mettrait en danger l'unité nationale. Le fédéralisme lui-même, qui représente le maximum des concessions permises, reconnaît encore au chef de la fédération une suprématie effective. L'autonomie se caractérise par deux idées fondamentales : l'élection des agents et comme conséquence, l'absence d'une hiérarchie difficilement compatible avec ce mode de recrutement. Telle est par exemple, la conception sur laquelle reposent toutes les institutions locales des Etats-Unis. Les fonctionnaires jouissent d'une liberté presque complète et n'ont parfois aucun lien entre eux bien qu'ils aient à remplir une mission identique. A leur égard, pas de subordination : il n'appartient pas à celui qui a un rang plus élevé de diriger ou de réprimander ceux qui occupent une position secondaire. En un mot, le véritable supérieur est ici le corps électoral. Si séduisante que paraisse cette façon de comprendre la gestion des services publics, il ne faut pas se dissimuler les vices profonds qu'elle entraîne dans la pratique. Nous verrons que le désordre, l'irresponsabilité, l'intrusion de la politique en des affaires qui devraient l'ignorer, sont de sérieux griefs contre une administration que les électeurs sont impuissants à contrôler efficacement.

Le décret du 22 décembre 1789 inaugure une méthode analogue en conférant à des Conseils et à des Directoires élus une compétence propre très étendue

Ceux-ci, livrés à eux-mêmes, se montrèrent incapables ou inertes et, si l'on en juge par la situation intérieure de la France quelques années plus tard, la réforme ne répondit pas aux espérances que l'on avait fondées sur elle.

La deuxième solution est celle de la centralisation et de la hiérarchie ; l'une ne va point sans l'autre. L'Etat se refuse à remettre ses pouvoirs à d'autres que ceux qu'il nomme et qu'il surveille. Il entretient, d'une extrémité du territoire à l'autre, une foule d'agents privés d'initiative, chargés uniquement d'exécuter les instructions qu'il leur transmet et d'appliquer un régime rigoureusement uniforme. Dans ces conditions, la nécessité d'une forte discipline se fait impérieusement sentir pour les relier au centre dont émane toute impulsion.

La hiérarchie signifie donc les rapports de commandement et d'obéissance qui réunissent les fonctionnaires du même ordre ou du même corps. Le pouvoir hiérarchique est l'ensemble des prérogatives reconnues à ceux qui ont qualité de supérieurs. Il s'analyse en un droit de contrôle sanctionné par des pénalités spéciales. A défaut de cette discipline, il n'y aurait place que pour l'anarchie.

L'histoire nous offre des exemples remarquables de ce dernier système de gouvernement. A Rome nous assistons à une transformation continue, qui a son origine dans les troubles de la fin de la République et

qui aboutit avec Dioclétien à la concentration la plus absolue. L'antique Sénat déchu devient un Conseil municipal. Les anciens magistrats, perdant peu à peu leur indépendance, ne sont que des figurants, de dociles exécuteurs de la volonté du maître. En même temps qu'on leur enlève toute décision, on leur prodigue les épithètes pompeuses. Un immense territoire savamment divisé en préfectures, diocèses, provinces, n'est plus guère qu'une réunion d'unités administratives où règnent, investis d'une juridiction universelle, les représentants de l'empereur. Dans les cités, les fonctions se résument pour ceux qui les exercent en de très lourdes responsabilités pécuniaires et « la vie municipale s'éteint dans l'Empire unifié (1) ».

Si, dans le nouvel état de choses, les sujets de Rome perdirent leurs libertés politiques, par contre un ordre au moins relatif s'introduisit dans les affaires publiques et peut-être, en d'autres circonstances, ces mesures auraient-elles sauvé l'Empire. Mais il y avait d'autres causes de désagrégation irrémédiable.

L'Eglise catholique, qui traversait alors une période de formation, s'inspira du modèle qu'elle avait sous les yeux. Sa constitution très unitaire, calquée sur les subdivisions territoriales romaines, sa double hiérarchie, l'une relative aux fonctions, l'autre à la juridic-

(1) Bouché-Leclercq, *Manuel des Institutions Romaines*, p. 191.

tion, sont une démonstration intéressante du principe centralisateur.

Entre ces deux procédés extrêmes, hiérarchie et autonomie, il existe un type intermédiaire : c'est celui de l'Administration française. L'Etat, sans renoncer entièrement à aucun de ses droits, sans perdre son influence, a dû cependant se résoudre à faire des concessions. Le régime d'autorité est resté le régime de droit commun, tant à l'égard des actes qu'à l'égard de la personne du subordonné. Au point de vue des actes, les lois dites de décentralisation n'y ont pas fait exception, elles ont seulement apporté des atténuations à la règle. L'introduction du système électif a modifié l'aspect et la rigueur de la sujétion, mais, si le supérieur ne commande plus, il contrôle toujours. En ce qui concerne la discipline, manifestation de la hiérarchie vis-à-vis des personnes, le chef administratif a vu son omnipotence fortement entamée. Très souvent il ne détient plus un pouvoir discrétionnaire.

Nous chercherons dans cette étude à exposer les effets de la hiérarchie, c'est-à-dire les attributs qu'elle confère et les obligations qu'elle crée, et à faire ressortir les restrictions successivement admises, tant dans l'intérêt de l'agent ou de certains services que dans celui des administrations locales.

LE POUVOIR HIÉRARCHIQUE

CHAPITRE PREMIER

LA HIÉRARCHIE ADMINISTRATIVE FRANÇAISE

SECTION I

Caractères généraux de l'organisation administrative

La hiérarchie est le corollaire indispensable de la centralisation ; or, la centralisation est pour ainsi dire traditionnelle dans l'administration française.

Notre ancienne monarchie fut longue à se remettre des désordres du Moyen Age, qui avaient permis à la féodalité de s'établir solidement, aussi fut-elle primitivement réduite à accepter la place qu'on voulut bien lui laisser. Puis, les rois suzerains empruntèrent à la féodalité elle-même les moyens propres à la dominer et à la détruire. Sous l'influence grandissante des légistes et avec l'aide des communes, la royauté s'éleva peu à peu. Seulement, l'indépendance de ses

alliés, les municipalités, fut aussi absorbée et l'unité acheva de se réaliser sous Louis XIV et Richelieu. Les ministres et les intendants dans les provinces règlent jusqu'aux plus petits détails et Malesherbes pouvait dire avec raison qu'on avait donné des tuteurs à la nation (1).

Cependant toute activité publique ne s'était pas éteinte au sein des Généralités. Quelques régions plus favorisées possédaient des Etats, qui, périodiquement convoqués, leur donnaient une certaine autonomie, quelquefois purement nominale, mais souvent réelle. Dans les villes, malgré les modifications et la diversité des institutions, il y avait à peu près partout des officiers municipaux désignés par leurs concitoyens. Dans ces deux cas, la puissance des intendants était très diminuée car elle ne se traduisait plus que par un droit de surveillance.

Par réaction contre cette excessive concentration de l'autorité, les législateurs de la Révolution adoptèrent délibérément un tout autre programme et montrèrent une tendance visible vers le fédéralisme, notamment dans l'élaboration de l'impraticable Constitution de 1793.

En 1789, les Conseils et les Directoires élus au suffrage universel cumulaient la gestion des intérêts généraux et locaux. Echappant presque entièrement à

(1) A. de Tocqueville, *L'ancien Régime*, livre II et livre III, chap.

l'action de l'Etat, celui-ci n'avait aucune prise sur eux et bientôt leur administration n'offrit plus qu'incurie et désarroi. Sans doute, les événements ne laissèrent pas à ce mécanisme nouveau le temps de faire ses preuves, peut-être aussi le moment était-il mal choisi pour tenter une expérience, toujours est-il que les résultats furent déplorables (1).

Après le 18 brumaire, le premier Consul revint aux vieux procédés et la loi du 22 frimaire an VIII accentua encore ce revirement. Le rôle des Assemblées, dont les membres sont nommés par le préfet ou par le premier Consul, se bornait en général à émettre des vœux ou à donner des avis. Depuis, l'autonomie n'a pas triomphé.

Ce n'est pas à dire que rien n'a été fait dans ce sens. Bien au contraire, à partir de 1830, des améliorations considérables ont été introduites qui ont porté atteinte à l'intégrité du pouvoir central. L'emploi de l'élection pour la formation des autorités inférieures, l'élargissement de leur compétence et l'indépendance accordée à leurs agents d'exécution, la création d'une commission permanente, telles sont les étapes parcourues pendant le siècle qui vient de finir. Par contre, on s'est efforcé de ne pas retomber dans les errements passés et de ne plus confondre les affaires de l'Etat et celles qui n'intéressent que la commune

(1) Rocquain, *L'Etat de la France au 18 brumaire*. — Taine, *Le Régime moderne*, t. II, chap. I.

ou le département, même lorsqu'elles se trouvent exceptionnellement réunies entre les mêmes mains. Ainsi le maire comme agent de l'Etat, n'est revêtu d'aucune prérogative particulière ; il relève directement du préfet et est en tout point semblable à un fonctionnaire quelconque.

Sans entrer dans la discussion que soulève cette grave question de la décentralisation, il est bon de reconnaître que ces réformes ont eu une heureuse influence (1). Prétendre satisfaire à tous les besoins est une tâche qui n'est pas à la portée de l'administration, si parfaite soit-elle. Cette dernière, lente et formaliste, est mal placée pour donner une prompt solution à toutes les difficultés qui se présentent et pour apprécier des situations très différentes. Une réglementation uniforme n'est pas désirable en toutes les matières, enfin il est utile de développer l'esprit public et l'initiative ailleurs que dans la capitale. Si le régime autoritaire et facilement despotique de l'an VIII s'imposait pour mettre fin à l'anarchie intérieure qui sévissait alors, il ne se justifierait plus en dehors de ces circonstances.

Mais les mesures auxquelles nous faisons allusion n'ont pas été aussi radicales que celles de 1789 et, tout

(1) « L'on connaît beaucoup mieux les besoins de sa ville que ceux des autres villes et on juge mieux de la capacité de ses voies que de celle de ses autres compatriotes. » Montesquieu, *Esprit des lois*, l. XI, ch. VI.

en restreignant la force du principe hiérarchique, ne l'ont pas anéanti. Dans la province française, il n'existe certainement pas d'indépendance comparable à celle des cités, des bourgs ou des comtés anglo-saxons. La tutelle a remplacé la hiérarchie. Suivant une expression significative employée par les textes, les agents décentralisés agissent non pas « sous l'autorité » mais « sous la surveillance » de l'administration. Parfois ils ne possèdent ce privilège que pour une partie seulement de leurs attributions, pour le reste, ils demeurent soumis à la hiérarchie : d'un côté, la décision est, ou du moins, peut être commandée, de l'autre, elle est libre mais contrôlée. Enfin, on ne s'en remet pas exclusivement aux électeurs du soin de réprimer les écarts ou les abus : le pouvoir central se réserve l'usage de la révocation ou de la dissolution.

Une fois cette exception faite pour les organisations locales, une stricte hiérarchie est la règle commune à la grande majorité des fonctions publiques. Mais parmi ces dernières, de nombreuses distinctions seront nécessaires car la soumission et l'obéissance seront loin d'être en tous les cas aussi entières. La prééminence du supérieur pourra se traduire d'une façon très spéciale et très incomplète et se résumer en une simple superposition de juridictions. En dehors des rapports qui dérivent du service, la pénalité disciplinaire n'affectera pas partout le même caractère. Discretionnaire le plus souvent, elle tend à se trans-

former en une sentence prononcée par un tribunal.

Ainsi, en mettant à part les représentants des circonscriptions décentralisées, une hiérarchie rigoureuse est encore la base de nos institutions modernes et la tradition s'est maintenue. C'est en vain qu'on chercherait un seul fonctionnaire qui ne doive compte de ses actes à personne. « L'obéissance hiérarchique est une condition essentielle de l'ordre et de la bonne constitution du pouvoir, mais elle se modifie d'après la nature de la fonction et le caractère des ordres. Le magistrat ne relève que de sa conscience ; on peut lui imposer l'exactitude, mais un jugement jamais. Au militaire est prescrit dans tous les cas une obéissance absolue et complète. Entre le militaire qui exécute et le magistrat qui juge, les autres fonctionnaires sont assujettis à une subordination plus ou moins étroite (1). »

Si tous les titulaires des charges publiques deviennent des sujets du pouvoir hiérarchique, quel est donc le fondement juridique de leur dépendance vis-à-vis du supérieur ?

(1) Vivien, *Etudes administratives*, p. 135. — V. aussi M. Larnaude, Préface de la traduction française du : *Droit public de l'Empire allemand* par Laband, p. xviii et xix.

SECTION II

Le fondement du pouvoir hiérarchique

Les pouvoirs du supérieur s'appuient sur trois considérations. La première est d'ordre purement pratique et ne nous arrêtera pas longtemps ; la seconde est la notion de la responsabilité ; enfin la dernière est la nature même de la fonction publique. Nous les examinerons successivement.

La centralisation une fois admise, il faut admettre avec elle l'existence de moyens énergiques qui seuls, permettront aux supérieurs d'assurer le fonctionnement de leurs services respectifs. A cet effet, le subordonné reçoit des instructions et est tenu de s'y conformer : ainsi transmise, l'impulsion se fait sentir également sur tous les points du territoire. Mais elle risquerait d'être illusoire s'il n'était possible d'en constater l'efficacité : tel sera le but des rapports officiels, de l'obligation de rendre compte et des multiples procédés du contrôle administratif. Les particuliers intéressés participeront indirectement à cette vérification en portant leurs réclamations devant le chef de la

hiérarchie et en lui signalant les faits qui ont pu échapper à sa surveillance. Enfin tout devoir postule une sanction : contre les actes, ce sera le refus d'approbation, l'annulation ou la réformation, et contre les personnes le blâme, la suspension ou la révocation.

Ces prérogatives sont d'ailleurs parfaitement justifiées. Un rang plus élevé ne fait-il pas présumer des connaissances et des vues plus sûres, une meilleure intelligence et une plus grande expérience des affaires, en même temps qu'un moindre souci de ces préoccupations mesquines et étrangères au service qui, trop souvent, influent sur les décisions des fonctionnaires inférieurs.

§ 1. — *Responsabilité du supérieur.*

L'idée de la responsabilité fournit un argument beaucoup plus fort en faveur de l'action hiérarchique.

Le subordonné, même s'il a agi de sa propre initiative, est en principe couvert par son supérieur. Dès lors, il serait inique de laisser ce dernier désarmé en présence d'une mauvaise volonté ou d'une erreur évidentes.

Mais comment le principe doit-il être entendu ?

Au point de vue pénal, la responsabilité ne jouera certainement pas puisque nul ne peut être poursuivi devant un tribunal répressif pour le fait d'autrui. Il faudrait supposer de la part de l'inférieur un crime ou un délit ; or, même si un acte semblable lui avait été formellement prescrit, il n'était pas obligé de l'accomplir. Cela suffirait à faire écarter la sanction pénale (et aussi la sanction civile accessoire) pour tout autre que l'auteur de l'infraction, car la responsabilité ne se conçoit, d'un côté, que dans la limite où il y a subordination de l'autre.

Il n'est dérogé à cette règle que par les dispositions des articles 114 et 190 du Code pénal. Dans les cas qu'ils prévoient, le législateur a voulu enlever à l'agent d'exécution tout prétexte à examiner la légalité de l'injonction et pour cela il fait porter sur le supérieur tout le poids d'une faute éventuelle. La peine, dit l'article 114, sera « appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre » (1).

Les préjudices causés à des tiers par le subordonné ne sauraient non plus motiver la condamnation du supérieur à des dommages-intérêts, puisque les fonctionnaires ne sont pas les préposés de celui qui les dirige ou de celui qui les a nommés et que leurs fonctions les rattachent directement à l'établissement public qui les emploie. Tout au plus aurait-on la ressource de

(1) V. plus loin la contre-partie du droit de commandement.

se retourner soit contre ce dernier, soit contre le coupable lui-même.

Le véritable domaine de la responsabilité du chef administratif du fait de ses agents sera celui du droit disciplinaire. Il est en effet passible de mesures disciplinaires pour cette raison qu'il lui appartient exclusivement de veiller sur tous les agissements de son personnel. Aussi la moindre négligence ou imprudence sera très facilement incriminée, si elle a été l'occasion d'un acte répréhensible commis par un de ses inférieurs. On pourra même parfois ne sévir que contre lui.

En théorie, il n'y a pas à distinguer suivant que le supérieur a ou n'a pas donné d'ordre. Il est d'usage qu'il prenne sur lui tout ce qui se fait dans son service. En réalité cependant, il y aura une appréciation très délicate portant sur la gravité du manquement professionnel et la part que chacun y a prise. Ainsi lorsque le manquement constitue une maladresse grossière, l'administration se refuse à protéger le coupable et l'abandonne à la juridiction ordinaire. Ne serait-il pas choquant d'en faire supporter les conséquences, en toute hypothèse, à un autre que lui ? Il n'y a plus alors un acte administratif mais un « fait personnel » ; il est juste que le supérieur soit mis hors de cause et c'est ce qui arrivera le plus souvent. En résumé, il s'agit plutôt d'une présomption de culpabilité, quand il est impossible de relever contre le supérieur un ordre importun ou imprudent. Est-il besoin d'ajou-

ter qu'au cas contraire on ne s'en prendrait qu'à lui seul? Si, en matière pénale, l'ordre reçu est rarement une excuse, dans l'intérieur du service il en est toujours une et c'est là un sérieux motif d'obéissance et de soumission.

Une responsabilité plus ou moins étendue pèse d'ailleurs sur toutes les autorités et est la contre-partie de leur droit de commandement. Et cela ne vient pas de ce qu'on peut être tenu pour autrui, mais plus exactement de ce qu'en certaines circonstances, la faute d'autrui est toujours dans une certaine mesure la faute de celui qui détient l'autorité. Investis de la puissance paternelle et éducative, les parents et les instituteurs répondent civilement des dommages causés par leurs enfants mineurs ou leurs élèves. La même obligation s'impose au commettant car il est libre de choisir, surveiller et remplacer ses préposés.

La peine disciplinaire est donc la forme la plus ordinaire que prend la responsabilité des fonctionnaires en qualité de chefs hiérarchiques, mais ce n'est pas la seule. Ainsi, sans parler des pouvoirs dont disposent le préfet et le Chef de l'Etat contre les maires, ceux-ci ont encore à justifier de leur mandat devant leurs électeurs. Il y a ici une responsabilité politique parallèle, qui, pour n'être mise en jeu que périodiquement, n'en est pas moins réelle.

Cette dernière est la seule qui puisse atteindre les

ministres puisque avec eux la hiérarchie se trouve épuisée. Sans doute, le Président de la République, qui leur a accordé sa confiance, peut la leur retirer et les destituer, mais l'usage de ce droit est exceptionnel et fort souvent inutile. La sanction la plus pratique et la plus efficace est celle qui résulte de la responsabilité politique, pièce essentielle du gouvernement parlementaire. A la suite d'un vote défavorable, les ministres sont moralement obligés de se retirer ou parfois seulement de se conformer à la volonté exprimée par le Parlement. Ce contrôle législatif s'exerce sur toutes les questions relatives à leurs départements respectifs ; rien n'y échappe, ni leurs décisions ou abstentions ni celles de leurs subordonnés. Combien de fois ne voit-on pas, par exemple, les actes d'un préfet faire l'objet d'une interpellation (1) ?

Enfin, les ministres dans l'accomplissement de leurs fonctions (2), peuvent aussi encourir une responsabilité pénale quand ils ont été mis en accusation par la

(1) La responsabilité ministérielle est très large puisqu'elle s'étend même aux actes du chef du Pouvoir exécutif. En effet, l'apposition du contre-seing engage le signataire. De plus nous verrons que les ministres ne sont pas véritablement les subordonnés du chef de l'Etat. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 2^e édit., p. 572 et suiv.

(2) Dans la vie privée, les crimes, délits ou contraventions commis par un ministre sont entièrement soumis au régime du droit commun. En fait cependant, leur qualité de membres du corps législatif leur assure le plus souvent le bénéfice de la loi du 16 juillet 1875, art. 14.

Chambre ou poursuivis par le Parquet, et civile, quand leur conduite a porté préjudice à l'Etat ou aux administrés. Mais on discute sur le point de savoir si l'action civile est ouverte aux particuliers lésés en dehors d'une mise en accusation ou des poursuites du ministère public. Plusieurs auteurs penchent pour l'affirmative. Ils estiment avec raison que la théorie du fait personnel n'autorisant l'accès des tribunaux ordinaires que si la gravité de l'acte lui a fait perdre son caractère administratif, est une protection suffisante (1). D'autre part, la Constitution de 1875 ne contient rien d'analogue à l'immunité consacrée par les lois de 1791 ou de 1848 (2). Quelle que soit l'opinion adoptée, nous ne pensons pas que ni l'une ni l'autre de ces deux responsabilités puissent nous intéresser. Les mêmes arguments qui nous les ont fait écarter pour les fonctionnaires en général, trouvent ici leur place : le ministre n'a pas de préposés, et nul n'est tenu pénalement pour autrui, sauf application des articles 114 et 190 du Code pénal.

D'ailleurs, à plusieurs reprises, on a cherché à traduire les ministres en justice et ces tentatives n'ont jamais abouti, tant à cause de leur position élevée et

(1) Ducrocq, *Cours de droit administratif*, t. I, p. 593. — Esmein, *Op. cit.*, p. 599. — Contra Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, 2^e édit., p. 658 et suiv.

(2) LL. 27 avril 1791, art. 31. 10 vendémiaire an IV, art. 13 et 14. Constitution de 1848, art. 98.

délicate qu'à cause de l'anonymat qui couvre parfois l'acte incriminé et empêche de l'imputer à une personne déterminée. Était-il par exemple équitable de reprocher à M. Peyronnet la perte d'un dossier et était-on fondé à lui réclamer une indemnité (1)?

§ 2. — *Responsabilité de l'Etablissement public.*

Nous n'avons précédemment envisagé que la responsabilité des supérieurs ; il en est une autre qui justifie leurs pouvoirs : c'est celle des Etablissements publics du fait de leurs agents.

Pour que la question se pose, il faut qu'il n'y ait pas eu entre le particulier et l'Etat des relations antérieures de propriété ou de contrat. Ainsi l'expropriation entraîne un enrichissement sans cause et par suite le paiement d'une chose due et non pas d'une indemnité. Si la partie lésée appuie ses revendications sur un contrat, l'affaire relève du droit commun, malgré les avantages ou la compétence spéciale dont profite l'administration. On devra donc éliminer ces

(1) Paris, 20 mars 1826. Il s'agissait dans cette affaire d'un pourvoi formé par un condamné et qui, égaré par le personnel du ministère de la justice, ne put être transmis dans les délais à la Cour de Cassation. — Cf. Seine, 28 février 1900, *Gaz. des Tribunaux*, 1^{er} mars 1900, Paris, 2 mars 1829. C. E., 28 janvier 63 et 16 décembre 1868.

hypothèses pour trouver le domaine de la responsabilité proprement dite née d'un dommage quelconque.

L'Etat possède la personnalité, c'est-à-dire cette qualité qui revêt certaines forces et certains intérêts et leur attribue une existence. L'idée de la responsabilité n'est nullement en contradiction avec cette conception juridique, à moins de ne considérer la personne que comme une simple fiction incapable de mal faire (1). Mais de même « qu'on ne peut imaginer une cité en dehors des citoyens » (2), on ne peut parler ici d'une pure fiction car ce serait croire qu'une fiction est nécessaire à la vie d'un être collectif. Sans aller jusqu'à la complète réalité de la personne morale, sans lui donner un sexe et un acte de naissance (3), il faut bien reconnaître qu'elle est un composé d'éléments réels qui sont la loi et des organes. Et même il est inexact de prétendre que sans la loi il n'y ait

(1) L'irresponsabilité des personnes morales est en effet la conclusion à laquelle sont conduits les romanistes partisans de la pure fiction. — Savigny, *Système de droit romain*, traduction Guenoux, §§ 94 et 95. — Merlin, *Questions de droit*, v^o responsabilité des communes. — Cf. A. Mestre, *De la responsabilité des personnes morales*.

(2) Turgeon, « Une définition de l'Etat et de sa souveraineté », *Revue du droit public*, 1899.

(3) Bluntschli, *Théorie générale de l'Etat*, p. 18, 21. — Gierke, *Die geuossenschaftstheorie*, p. 5. — Cf. Boistel, « Théorie des sociétés-organismes » dans la *Revue générale du droit*, 1899. — Hauriou, « Leçons sur le mouvement social » dans la *Revue générale du droit*, 1898, p. 1 et 5.

rien car celle-ci ne crée pas, mais consacre plutôt ce qui existe déjà.

La personnalité de l'Etat est constituée par ce que M. Michaud appelle une « volonté légale » (1), une volonté se mouvant dans un cercle déterminé et se manifestant par des organes. L'Etat est donc plus qu'une propriété sous la forme collective, si toutefois on ne réduit pas son rôle à l'administration de son domaine. C'est un sujet de droit, distinct de l'individu, bien qu'on ne puisse faire abstraction de ce dernier.

En général, on admet la responsabilité de l'Etat mais on n'est plus d'accord quand il s'agit de déterminer son fondement et son étendue.

Avant 1873, le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation s'inspiraient plus ou moins largement des règles fournies par les articles 1382-1386 du Code civil. Après 1873, la jurisprudence administrative, confirmée par le tribunal des conflits, adopta une tout autre solution.

Lorsqu'il s'agit du domaine privé, l'Etat apparaît comme un simple particulier : « L'action peut se fonder non seulement sur l'article 1382 du Code civil mais encore sur l'article 1384 qui prévoit le fait des préposés et sur les articles 1384-1386 qui prévoient

(1) Michoud, « De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents », *Revue du droit public*, 1895, tome I, p. 401, tome II, p. 1 et p. 251.

l'accident causé par les animaux ou la chute des édifices (1). »

Lorsqu'il s'agit au contraire de la gestion des services publics, l'obligation de réparer ne découle d'aucun principe juridique, elle n'est plus « ni générale ni absolue » mais uniquement « conforme à l'équité » (2). Cette jurisprudence nouvelle est assez arbitraire puisqu'elle revient à favoriser toutes les exceptions et à transformer un point de droit en une appréciation de fait. En réalité cependant, les motifs ont seuls changé, la sentence restant la même. L'irresponsabilité est rarement opposée au demandeur (3) et en cas de faute personnelle, la responsabilité de l'auteur du préjudice est substituée à celle de l'Etat.

Il semble qu'on se soit laissé influencer par la crainte d'introduire avec le droit civil, la compétence judiciaire, quoique ces deux choses ne soient pas liées. La juridiction administrative connaîtrait toujours de

(1) Laferrière, *Juridiction administrative*, II, p. 191. — Conflits, 30 mai 1874, D. 85.3.110. — Seine, 24 mai 1889, *Gaz. palais*, 89. 1.463. — Conflits, 24 novembre 1894, *Revue d'administration*, 95, 1, 56.

(2) Laferrière, *op. cit.*, I, p. 579. — En ce sens : Conflits, 29 mai 75 S. 77.2.128. — 31 juillet 1875. — 1^{er} février 1873. S. 73.2.153. — 15 février 1890, S. 92.2.73.

(3) C. E. 8 mai 1874. D. 75.3.54. — 4 avril 1879, D. 79.3.54. — 10 mai 1883, Lebon, p. 449. — 24 juin 1892, D. 92.3.89. — 7 juillet 1893, Lebon, p. 561. — Conflits, 8 février 1893, Lebon, p. 155. — 10 mai 1890, *Revue générale d'administration*, 1890, II, p. 431. — V. cependant C. E., 2 novembre 1888. S. 90.3.58.

ces litiges quel qué soit le fondement de l'action en dommages-intérêts, parce qu'il lui appartient exclusivement, sauf dérogation expresse, de déclarer l'Etat débiteur. D'ailleurs n'a-t-elle pas souvent à interpréter des contrats et par suite à appliquer le droit privé ? Enfin certains textes impliquant l'une ou l'autre de ces deux compétences admettent les dispositions du Code civil (1).

Aussi, malgré la différence des buts poursuivis par l'administration et les particuliers, nous croyons qu'il est impossible de ne pas se référer, faute de mieux, aux articles 1382-1386, si l'on veut absolument une base solide à la responsabilité de l'Etat pour tous ses actes de gestion. Ce n'est même pas préjuger de la nature de la fonction publique. La proposition visée par l'article 1384 ne fait pas l'objet d'un contrat particulier ; elle dérive fréquemment d'un louage de service ou d'un mandat mais elle se produit parfaitement sans aucun contrat. C'est une certaine situation vis-à-vis des tiers, résultant de ce que le préposé est chargé par le commettant de diriger ou d'exécuter certains travaux ou certaines affaires (2).

Néanmoins, la solution n'échappe pas à toute cri-

(1) *Travaux publics*, L. 28 pluviôse, an VIII, art. 4. — *Contributions indirectes*, L. 22 août 1791, t. XIII, art. 19. — *Postes*, L. 4 juillet 1859, art. 3. — *Télégraphes*, L. L. 29 novembre 1850 et 4 juillet 1868. — V. Michoud, *op. cit.* 2^e article, p. 28.

(2) Michoud, *op. et loc. cit.* 2^e article, p. 22.

tique. Sans insister sur le danger d'énervier l'action des pouvoirs publics, sur l'injustice de faire supporter aux contribuables les maladresses d'un fonctionnaire, il reste des objections plus sérieuses.

La division des actes de gestion et d'autorité, un peu artificielle, est loin d'être toujours nette et tranchée (1). Quantité de mesures administratives sont inégalement imprégnées de puissance publique et souvent il sera malaisé d'en préciser le caractère. Le Conseil d'Etat paraît avoir voulu se réserver une zone intermédiaire entre la pure domanialité et la pure autorité, dans laquelle l'administration conserverait le privilège d'une irresponsabilité au moins théorique.

De plus, les agents ayant l'exercice du commandement font aussi des actes de gestion : ils seraient infaillibles pour les uns, jamais pour les autres. Enfin, n'y a-t-il pas un abus à toujours demander au Code civil la solution de tous les problèmes du droit administratif ? Au Moyen Age, la souveraineté comme les

(1) Suivant la théorie de M. Hauriou, les services publics seraient un terrain mixte dans lequel la gestion et la puissance se rencontreraient ; il y aurait alors gestion administrative comportant des prérogatives d'autorité et un mélange du droit public et privé. (Hauriou, *La gestion administrative*, p. 57). — M. Jacquelin admet la division bipartite traditionnelle mais « l'activité de l'administration évolue entre deux points extrêmes, puissance publique et patrimonialité » (p. 28) sans qu'il y ait des actes de pure patrimonialité ou de pure puissance mais seulement des actes tenant à la fois de l'une et de l'autre. — Jacquelin, *Une conception d'ensemble du droit administratif*. — Cf. Laferrière, *op. cit.*, II, p. 183-185.

offices était propriété privée ; le contrat était la source de l'impôt et du service militaire. Le progrès consiste précisément à donner au droit public, à celui qui protège les intérêts collectifs, un terrain et des règles propres (1).

En tout cas, cette controverse cesse en présence des actes de puissance publique ; on est unanime à écarter pour eux les articles 1382-1386 (2). Le droit civil, qui ne prévoit que des rapports d'égalité et non de subordination, ne peut plus être invoqué. D'autre part, le Droit public n'offre aucune base à la responsabilité. L'acte d'autorité « est l'exercice normal du pouvoir souverain ; les torts causés par le souverain ne se réparent pas » (3), qu'ils soient l'œuvre d'un administrateur ou d'un juge. Ne pas l'admettre serait rendre la tâche impossible au gouvernement. C'est pourquoi la jurisprudence a longtemps repoussé les demandes d'indemnité (4) quand elles ne se fondaient pas sur

(1) M. Larnaude, *Cours de droit public*, 1900-1901.

(2) La puissance publique n'est, dit-on, qu'un attribut et non pas une personne et cela suffit à écarter la responsabilité de l'Etat pour les actes d'autorité. Mais comment concevoir qu'un attribut, un ensemble de droits soit dépourvu de titulaire ? Or, quel serait ce titulaire puisque ce ne sont pas les fonctionnaires, ceux-ci n'ayant que l'exercice et jamais la disposition de l'autorité ?

(3) Berthélemy, *Droit administratif*, p. 49.

(4) C. E., 11 mai 1854. D. 54.3.60. — 18 août 1857. D. 58.3.36. — 9 mai 1873, D. 74.3.9. — 13 janvier 1899. S. 1900.3.I. — Cass. 30 décembre 1873. — D. 74.1.379. — Conflits, 29 mai 1875, D. 76.3.46.

un texte formel ou sur la violation d'un contrat (1).

Tout récemment le Conseil d'Etat a jugé recevable des actions intentées contre des actes de puissance publique, en invoquant les nécessités pressantes d'un régime démocratique (2). On conviendra de la pauvreté de cet argument. Un commissaire du gouvernement fit remarquer que ce n'était pas une innovation : plusieurs arrêts avaient déjà alloué à des agents illégalement révoqués par un acte d'autorité le rappel du traitement échu. N'était-ce pas une réparation pécuniaire ? Non, car la mesure ayant été annulée, anéantie *erga omnes*, il n'en doit rien subsister ; le fonctionnaire est censé n'avoir jamais été révoqué.

Suivant quelques auteurs, le devoir de réparer est général ; il est la contre-partie du devoir d'obéissance des citoyens. En effet, ils ne peuvent résister à l'ordre illégal ; ils obéiront donc, sauf à diriger ensuite contre lui un recours que l'Etat doit garantir. Mais aucune

(1) Parmi les lois consacrant la responsabilité de l'Etat puissance publique, V. : L. 1 germinal an XIII, art. 29. — L. 22 août 1791, t. XI, art. 1-2-3 et surtout la loi du 8 juin 1895 sur l'erreur judiciaire. L'indemnité est aussi une règle constante pour les suppressions d'offices ministériels. — Quand l'acte constitue violation d'une convention passée avec l'Etat, la responsabilité est aussi admise. V. Paris, 1^{er} mai 1891. *Gaz. Pal.*, 91.1.775.

(2) C. E., 31 janvier 1902, Lebon, p. 56 (solut. implic.). — 27 février 1903, Lebon, p. 78 (exécution d'un arrêt du Conseil de préfecture par le préfet). — 29 mai 1903, — Lebon, p. 415 (mesure disciplinaire illégale).

loi n'autorise à créer cette obligation de garantie. De plus, elle est subsidiaire, il faudrait au préalable s'adresser directement à l'auteur du préjudice. L'explication est tout au moins insuffisante.

Pour M. Larnaude, il y a un risque étatique analogue au risque professionnel. La cause de la responsabilité n'est plus la faute de l'article 1382 mais le simple dommage. En un mot, les sujets sont mutuellement assurés contre « l'accident administratif » et c'est justice, parce qu'en définitive, l'origine du mal est l'existence même de la société (1).

Ainsi l'Etat du fait de ses organes n'est pas à l'abri des revendications des parties lésées et l'évolution s'affirme dans le sens d'une responsabilité de plus en plus large. Nous y voyons une nouvelle justification du pouvoir hiérarchique. Le ministre, par exemple, doit être capable d'empêcher que l'Etat, dont il est le représentant, ne soit incessamment mis en cause. Cela est encore vrai du maire représentant de la commune. Celle-ci peut être condamnée à des dommages-intérêts, même à l'occasion d'actes d'autorité (2). Ici le législateur, moins confiant envers une adminis-

(1) Communication de M. Larnaude dans la *Revue pénitentiaire*, p. 9 et suiv. — Cf. Hauriou, *Notes sous l'arrêt du 13 janvier 1899*. S. 1900.3.1. et aussi dans S., 1897.3.33.

(2) Loi du 5 avril 1884, art. 106. — Toulouse, 8 mai 1863. D. supp. V^o Responsabilité, n^o 868. — Dijon, 22 décembre 1892, D. 93. 2.196. — Cass. req. 16 avril 1894. D. 94.1.340. — Nîmes, 1^{er} mars 1893, *Gaz. Pal.*, 93.2.257.

tration que le pouvoir central ne dirige pas, s'est préoccupé de consacrer sa responsabilité plutôt que de la défendre contre des attaques injustifiées.

§ 3. — *La Fonction publique.*

Le pouvoir hiérarchique se rattache à une autre notion fondamentale : celle de la fonction publique.

À première vue, le mot « fonction publique » est assez simple : il désigne une prestation quelconque remplie dans un intérêt public.

Mais cette signification est évidemment beaucoup trop large, puisqu'elle comprend parmi les fonctions publiques le paiement de l'impôt et le service militaire. Il importe donc de la préciser davantage.

D'autre part, il faut se garder de croire qu'il y a toujours une démarcation bien nette entre ceux qui sont des fonctionnaires et ceux qui ne le sont pas. On est ainsi conduit fatalement à des classifications plus ou moins arbitraires. Le juge et le juré ont des attributions identiques. La situation du garde particulier, assermenté et agréé par le préfet, offre beaucoup d'analogie avec celle du garde-champêtre. Et cependant, qui oserait affirmer que le juré et le garde particulier sont des fonctionnaires ?

Aussi a-t-on cherché un critérium de la fonction publique.

On a cru le trouver dans la nature de la prestation, dans le traitement, dans la nomination ou dans le fait d'exercer exclusivement la fonction. Ces tentatives ont été vaines : la nature de la prestation est très variable et il n'y a pas de bonne raison pour la prendre en considération (1). De même il existe des charges rétribuées ou gratuites, électives ou non, principales ou accessoires.

La jurisprudence et la législation n'apportent aucune clarté dans ce sujet déjà si complexe. Tel qui, au point de vue pénal, est investi d'une fonction publique et peut être puni pour forfaiture ou concussion, ne l'est plus quant à l'application des lois sur la presse ou sur l'électorat. Les auxiliaires du préfet, diffamés, sont des particuliers, accusés de corruption, ils deviennent des fonctionnaires (2).

Contentons-nous donc d'une formule très générale : sont fonctionnaires tous les individus qui, d'une manière permanente, détiennent une portion de l'auto-

(1) La jurisprudence et l'administration ont parfois dénié la qualité de fonctionnaires à tous les agents dits de gestion : Conflits, 12 janvier 1883, Lebon, p. 29. — Conseil d'Etat : 27 décembre 1879, S. 81.3.37. — Cf. Hauriou, *op. cit.*, p. 684.

(2) Cass., 15 novembre 1879 (Lavech). Même contradiction pour les secrétaires de mairie : Cass., 10 octobre 1828, D. 281.432. — Cass., 22 juin (Sustendhal et Tilloy).

rité ou concourent à la gestion des intérêts collectifs d'une personne administrative. Ainsi l'idée essentielle est la permanence du service. C'est l'idée dont se sont inspirés les rédacteurs du récent projet de loi sur les associations de fonctionnaires, lorsqu'il s'est agi de déterminer quels étaient les agents de l'Etat qui tombaient sous le coup de la nouvelle loi (1).

Si ce critérium n'a pas la prétention de résoudre toutes les difficultés, du moins ne mérite-t-il pas le reproche qui lui a été fait (2). On a dit qu'il avait le grave inconvénient d'exclure tous ceux qui n'exerçaient qu'une fonction à durée limitée : or, parmi ces derniers, il en est qui sont de véritables fonctionnaires. Cette interprétation nous paraît attribuer au mot « permanent » un sens trop rigoureux et trop absolu. Permanent ne veut pas dire indéfini. Ainsi un maire ou un auditeur de deuxième classe au Conseil d'Etat, tout en occupant un emploi à durée déterminée, fait néanmoins partie des cadres permanents et réguliers

(1) L'article 1 du projet est ainsi conçu : « Sont considérés comme fonctionnaires pour l'application de la présente loi, tous ceux qui, en qualité de délégués de l'autorité publique, d'employés, d'agents et de sous-agents font partie des cadres permanents organisés pour assurer le fonctionnement d'un service public régi par l'Etat. » Comparer à ce point de vue : Cass. 30 octobre 1886, D. 87. 1.507. — G. Mayer, *Deutsches Staatsrecht*, 4^e édit., p. 437. — Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 3^e édit., p. 113.

(2) Nézard, *La fonction publique*, p. 27.

de l'administration : il n'a pas une mission accidentelle comme celle d'un juré.

Il nous reste maintenant à procéder à quelques éliminations, afin de délimiter la portée, nécessairement un peu vague, de la définition que nous avons donnée. Nous n'entendons pas y faire rentrer les adjudicataires de travaux publics, les membres des missions officielles (1) les fondés de pouvoir de l'administration des finances (2), les chefs et attachés de cabinet des ministres (3), les jurés, ni la plupart des officiers ministériels : commissaires priseurs, agents de change, notaires et avoués. Le rôle des uns est essentiellement temporaire et celui des autres strictement privé.

Ce caractère privé de la profession est sans doute très contestable pour d'autres officiers ministériels tels que les greffiers et les huissiers ; mais la persistance des offices à leur profit les rend difficilement assimilables à des fonctionnaires (4).

Nous écarterons également le personnel de cer-

(1) Paris : 25 avril 1885.

(2) Chambéry : 11 mars 1896, D. 97, 2, 441.

(3) Cass. 31 juillet 1885.

(4) La jurisprudence considère comme fonctionnaires les greffiers (Cass. crim., 4 novembre 1841, S. 42.1.989) et les huissiers (Cass. 11 avril 1835, S. 35.1.251). En ce sens : Garsonnet, *Précis de procédure civile*, nos 99 et 111. -- Sont au contraire de simples mandataires officiels : les notaires (Cass. crim., 15 juin 1883), les avoués (Cass. crim., 9 septembre 1836), les commissaires-priseurs (Cass. crim., 24 juillet 1884) et *a fortiori* les experts, agents de change, courtiers, etc.

taines entreprises qui n'ont peut-être pas directement pour but un intérêt d'ordre public. Nous croyons par exemple, que les ouvriers des exploitations annexes aux Ecoles d'agriculture ne sont pas des agents de préparation ou d'exécution, mais de simples locateurs de service dépourvus de la qualité de fonctionnaires (1).

En ce qui concerne les autres agents qui, ainsi que l'écrit M. Vivien, sont tous des « dispensateurs de la force sociale », quelle est leur relation juridique avec l'Etablissement public ?

Ce serait un contrat civil, parce qu'il ne manque

(1) Cf. Bequet, *Répertoire de droit administratif*, *V^o fonctionnaires publics* : « Le pouvoir gouvernemental n'apparaît vraiment que lorsqu'il exerce la puissance publique ou lorsqu'il accomplit des actes de gestion des services publics. C'est donc dans ces deux cas seulement, qui comprennent d'ailleurs la presque totalité des manifestations de la collectivité, que les représentants de l'autorité sont des fonctionnaires. »

Néanmoins, nous pensons que la question de savoir s'il convient de ranger certains salariés des personnes morales administratives au nombre des fonctionnaires, n'est pas susceptible de recevoir une solution qui soit à l'abri de toute critique. La question se présente dans la pratique sous un aspect si complexe et surtout si différent de celui qu'on se plaît à imaginer dans la théorie, qu'il est difficile de la trancher d'une manière absolument satisfaisante. Seule une législation plus complète serait capable de le faire.

C'est précisément de l'absence d'une législation qu'est née la discussion. A défaut de textes explicites, il était en effet nécessaire de fixer la situation juridique de ces salariés, notamment en ce qui concerne le pouvoir disciplinaire. Lorsqu'on aura déterminé minutieusement les devoirs et les droits de tous ceux qui sont au service des Etablissements publics, la controverse n'offrira plus aucun intérêt.

aucun des éléments du contrat : consentement, capacité des parties, objet licite. « Entre l'Etat et les fonctionnaires ou employés qui le servent, il est bien impossible de nier l'existence d'un lien contractuel malgré la forme plus ou moins solennelle que revêt l'acte de nomination; il y a là avant tout *duorum consensus in idem placitum* (1). »

De cette entente naissent soit un droit réel sur la fonction, soit des obligations personnelles réciproques. La première de ces deux conceptions est celle des peuples primitifs : l'Etat est le patrimoine du roi, il se décompose en divers attributs susceptibles de propriété ou de possession, tout comme un immeuble du domaine privé. Cela est inconciliable avec nos principes modernes (2).

Dans la deuxième conception, la fonction publique s'analyse en un contrat ou quasi-contrat : gestion d'affaires (3), mandat (4) ou louage de services.

(1) Perriquet, *Les Contrats de l'Etat*, 1^{re} édit., p. 222. — V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité du louage*, II, n° 1212. — Brémond, *Revue Critique*, 1891, p. 132. — Cf. Dareste, *La justice administrative*, 2^e édit., p. 329.

(2) « La fonction publique était dans le patrimoine du roi ». Esmein, *Histoire du droit*, p. 140. — La jurisprudence a toujours jugé illicites les cessions d'emplois publics même déguisées. V. Paris, 30 janvier 1857. D. 57.2.108.

(3) En ce sens : Cass. 14 mars 1870 (ville de Toulouse) et 19 décembre 1877 (ville de Bordeaux).

(4) Balicki, *L'Etat comme organisation coercitive de la Société*

La théorie du louage (1) de services a rallié de nombreux partisans ; elle est traditionnelle en Angleterre où le droit administratif est inconnu et où les charges publiques sont du ressort de la loi commune. Elle est également soutenue par les civilistes allemands qui en ont fait une arme contre l'omnipotence de l'Etat. Certaines dispositions législatives, comme celle qui autorise le fonctionnaire à poursuivre devant les tribunaux judiciaires le paiement du traitement qui lui est dû, confirment leur assertion.

Enfin une autre thèse transporte la discussion dans le droit public. La fonction publique est un contrat de puissance publique qui comporte « des obligations réciproques du fonctionnaire et de l'Etat » (2). Mais cette proposition paraît « contenir en soi une contradiction qui en détruit le sens » (3). Une autorité souveraine ne saurait s'obliger et par suite le contrat disparaît faute d'objet. Si l'on excepte les traités internationaux, on ne

politique, p. 71. Il y aurait du haut en bas de l'échelle administrative une série de mandats successifs. Mais si le préfet était le mandataire du Président de la République, ce dernier devrait être compétent pour autoriser un établissement insalubre ou passer un contrat en son lieu et place ? Le fonctionnaire ne tient donc pas ses pouvoirs de celui qui le nomme mais de la loi. — V. Hauriou, *op. cit.*, p. 328. — Esmein, *Droit constitutionnel*, 2^e édit., p. 484.

(1) V. Perriquet, Bremond, Baudry-Lacantinerie et Wahl, ouvrages déjà cités. — Contra : Laurent, *Droit civil : Du louage*, n^o 492.

(2) Laferrière, *op. cit.*, I, 2^e édit., p. 619. — Cf. Laband, *Staatsrecht des deutschen Reiches*, I, p. 386 et suiv.

3) Berthelémy, *op. cit.*, p. 56.

peut concevoir un contrat de droit public. Parmi les analogies qui ont été indiquées, figurent la naturalisation, l'expropriation, les concessions de terres aux colonies. Or, on n'aperçoit pas bien les engagements que prend l'Etat vis-à-vis du naturalisé ; il n'y a pas plus trace de contrat ici qu'il n'y en a entre le gouvernement établi et les nationaux. Dans l'expropriation, le propriétaire est-il libre de refuser le marché qui lui est offert ? La contrainte est manifeste. Enfin, si la concession coloniale est une opération contractuelle, et rien n'est moins certain, elle relève du droit civil puisqu'elle revient à disposer du territoire privé de l'Etat.

L'école allemande (1) classe parmi ces prétendus « contrats administratifs » non seulement les situations juridiques dans lesquelles intervient l'autorité, mais encore toutes celles qui, comme le mariage, ne sont pas indifférentes aux intérêts de la collectivité. Nous aurons l'occasion de constater que le mariage n'est que le résultat de la loi.

Nous nous rangerons à une dernière opinion, à celle qui voit dans la fonction publique un rapport spécial issu d'un acte unilatéral (2). C'est aussi, après

(1) Seydel, *Bayerisches Staatsrecht*, 1896, t. II, p. 128 et s.

(2) M. Larnaude, *Cours de droit public*, 1894-1895. — O. Mayer, *Le droit administratif de l'Empire allemand*, t. II, p. 43 et suiv. — Bluntschli, *Théorie générale d'Etat* (traduction Riedmatten), p. 454 459. — Cf. Bequet, *Répertoire*, V^o Fonctionnaire. — Block et Maguero, *Dictionnaire*, V^o Fonctionnaire.

quelques hésitations, la conclusion à laquelle est arrivée la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation (1). — « Il n'existe point d'échange de consentement entre l'administration et le fonctionnaire au moment de la nomination de celui-ci. La nomination est essentiellement acte de puissance unilatéral ; sans doute le fonctionnaire accepte sa nomination et souvent il l'a sollicitée, mais il l'accepte comme une loi ou une ordonnance et non pas comme la pollicitation d'un contrat (2) ».

Comment en effet songer à une convention quand on examine les choses de près ?

L'agent peut à tout instant donner sa démission sans s'exposer à l'action en dommages et intérêts qui résulterait de la rupture d'un contrat. D'autre part, rien ne fait prévoir que ce congé définitif qu'il sollicite lui sera accordé et jusque-là il doit conserver son poste et demeure justiciable des juridictions disciplinaires (3). Quand il pourvoit à un emploi, l'Etat ne

(1) Cass. 7 juillet 1880. S. 80.1.464. — C. E., 25 novembre 1892 S. 94.3.90. — 30 novembre 1894. D. 94.3.67. — 11 décembre 1903, *Année administrative*, 1903, p. 305. — Conflits, 4 juillet 1896, D. 97.3.73., S. 97.3.117.

(2) Hauriou, note dans S. 1899.3.106. Suivant M. Hauriou, il existe bien à l'origine de la fonction une mesure d'autorité, mais celle-ci crée un droit réel au profit du fonctionnaire et non pas une situation *sui generis*. V. *Précis*, édit., 1897, p. 327, 630, 687, 688 et notes dans S. 1892.3.17 et 3.65.

(3) C. E., 27 janvier 1888, Lebon, p. 188. — 20 février 1891, Lebon, p. 135.

se lie pas pour l'avenir, il se réserve la faculté de modifier le salaire, les attributions, la pension et même de supprimer l'emploi sans formalités et sans consulter le titulaire (1). Rigoureusement, il n'y a jamais pour le fonctionnaire de droits acquis ni de sanction qui les protège : il ne peut se prévaloir que de la loi. Les obligations dites réciproques se présentent ainsi sous un aspect très spécial et on ne saisit pas l'objet de l'entente intervenue. Qu'on ne dise pas que ce sont les prérogatives d'autorité parfois conférées à l'agent, car celles-ci ne sont pas dans le commerce.

Le succès obtenu à un concours n'oblige pas l'administration à agréer le candidat (2), et cependant, on trouverait en ce cas toutes les apparences d'un accord contractuel. Cela prouve que la volonté de l'intéressé n'a pas la valeur qu'on lui attribue ; la nomination produit tous ses effets et est parfaite par elle-même. Elle ne tomberait pas si la personne désignée venait à refuser, tandis qu'un contrat est inexistant tant que la preuve de l'acceptation de l'offre n'a pas

(1) C. E., 11 décembre 1903. D. 1905. — Hauriou, *op. cit.*, p. 686. — Cf. Laferrière, *op. cit.*, I, 2^e édit., p. 619. — La pension elle-même n'est pas un droit mais une « vocation » suivant l'expression du ministre des finances dans la discussion du budget de 1897. Elle exige : 1^o l'admission à faire valoir les droits à la retraite ; 2^o le vote des crédits nécessaires ; 3^o la liquidation administrative.

(2) C. E., 19 novembre 1904. Lebon, p. 708. — Si, au lieu d'un concours, nous supposons l'élection, comment expliquera-t-on la formation d'un contrat ?

été faite. C'est pourquoi les partisans du contrat, comme l'indique M. O. Mayer, sont amenés à « concentrer la force de production du rapport juridique dans la volonté de la partie la plus élevée et à enlever à celle du sujet toute importance équivalente (1) ».

Enfin, théoriquement, le service forcé n'est pas inconcevable et on le rencontre encore en divers pays (2). En France, la charge du juré est obligatoire ; or, diffère-t-elle essentiellement de la charge du magistrat ? Cette seule observation rendrait douteuses les affirmations de ceux qui défendent l'idée du contrat (3).

A supposer que la concession d'une fonction publique nécessite la coexistence de deux consentements, cela n'infirmerait pas ce que nous avons avancé. Cette dernière est indispensable au mariage qui n'est pas un contrat. Cette qualification, donnée par les anciens légistes, provenait de leur désir de soustraire cette

(1) O. Mayer, *Le droit administratif allemand*, t. IV, p. 48. — En effet, Seydel constate « qu'une acceptation expresse ou tacite n'est pas nécessaire pour que la vocation produise son effet, mais il faut un refus pour qu'elle n'ait pas d'effet ». — Seydel, *Bayrisches Staatsrecht*, t. II, p. 345.

(2) V. Kammerer, « La fonction publique en Allemagne ». *Thèse*, Paris, 1898, p. 161 et suiv.

(3) La prééminence de l'Etat est si peu contestable que les auteurs qui considèrent la fonction comme un droit réel dont le fonctionnaire est le titulaire, reconnaissent cependant que l'Etat, par une sorte de « provision », conserve toute latitude pour modifier ou supprimer les charges publiques. Hauriou, *op. cit.*, p. 585 et suiv.

institution au droit canonique. La fidélité, la paternité ni aucun devoir moral ne peuvent être l'objet d'une convention, dans laquelle le législateur ne laisse d'ailleurs aucune marge à l'initiative des contractants et que ceux-ci ne sont pas libres de détruire à leur gré. Le mariage est donc un *status* légal, sinon le divorce par mutuel consentement s'imposerait (1).

En résumé, le gouvernement n'agit utilement que par des agents : en les choisissant il se donne des organes. Il faut chercher le principe des fonctions publiques non pas dans l'intérêt de ceux qui les détiennent, mais dans la satisfaction d'un besoin social, d'autant mieux que les fonctionnaires pourraient toujours employer ailleurs leur activité, tandis que l'Etat ne saurait se passer de leur intermédiaire.

Les agents de gestion sont-ils aussi placés sous le régime unilatéral ? Quelques auteurs ne le pensent pas et les déclarent unis à l'Etablissement public par un lien de droit privé (2). S'ils ont à effectuer concurremment des actes de gestion et de puissance, on fera prédominer le caractère d'autorité.

Nous avons vu combien la ligne de démarcation

(1). M. Larnaude, *Cours de droit public*, 1894-1895. — Dans le même sens : Lefebvre, *Leçon d'introduction à l'histoire du droit matrimonial français*, p. 36. — Cf. la théorie du contrat légal de M. Boistel, *Cours de philosophie du droit*, II, p. 73. — Contra, Planiol, *Traité de droit civil*, 3^e édit., III, p. 3 et note 2.

(2) Berthélemy, *op. cit.*, p. 58. — Nézard, « Théorie juridique de la fonction publique », *Thèse*, Paris, 1900.

était difficile à établir entre ces deux sortes d'actes et par suite, combien était imprécise la séparation entre ceux qui ont des prérogatives d'autorité et ceux qui en sont dépourvus. Les conditions qui réalisent la gestion ne sont pas si claires puisqu'on ne s'entend pas pour la définir. Dans l'opinion courante on entend par là l'ensemble des actes qui n'impliquent aucun commandement ni aucun droit supérieur à celui de l'individu (1). Mais pour M. Laferrière, ce sont les actes réglant des intérêts pécuniaires (2) et suivant M. Hauriou, tous les actes administratifs, sauf ceux qui se rattachent à l'idée de police, sont des actes de gestion (3).

De plus, il n'existe peut-être pas de fonctionnaire qui n'ait quelque parcelle de la puissance publique (4). En dehors de ceux qui sont ordinairement classés parmi les agents d'autorité, nous voyons par exemple, les cantonniers et les chefs-piqueurs des Ponts et Chaussées (5), les agents voyers (6) et les ingénieurs

(1) Ducreq, *Cours de droit administratif*, I, n° 73. — Brémont, *Traité de la compétence*, n°s 226 et 332. — Berthélemy, *Droit administratif*, p. 21.

(2) Laferrière, *op. cit.*, I, p. 435.

(3) Hauriou, *Précis*, 3^e édit., p. 280, 289 et 290. — V. aussi la théorie des actes de puissance publique à décroissance graduelle de M. Jacquelin dans : *Une conception d'ensemble du droit administratif*, p. 8.

(4) En ce sens : Hauriou dans le *Répertoire Bequet*, v° Droit administratif. — *Dalloz. rép. alph.*, v° forfaiture, n° 112. — *Pandectes françaises*, v° Agent d'autorité.

(5) Loi du 23 mars 1842, art. 2.

(6) Loi du 1^{er} mai 1836, art. 11.

des mines dresser des procès-verbaux. Convient-il de considérer comme secondaire le travail technique qui est l'essentiel de leur emploi, ou au contraire de ne voir en eux que ces privilèges d'autorité dont ils usent rarement? De même, le pouvoir disciplinaire n'est-il pas, dans la discipline étatique, une manifestation de la puissance publique?

D'ailleurs, comme le faisait observer le commissaire du gouvernement dans l'affaire Cadot : « il n'est pas nécessaire, pour qu'un acte conférant un emploi ou une fonction ait le caractère de puissance publique, qu'il confère cette puissance publique, il suffit qu'il l'exerce ». Il n'y a pas de corrélation forcée entre les attributions et la nature juridique de la fonction. Il y en a si peu que les employés des Compagnies de chemin de fer sont appelés à faire des actes d'autorité : or, personne n'a jamais contesté le caractère contractuel et privé de leurs fonctions.

Enfin, rien dans notre législation ne peut être invoqué à l'appui de la distinction des fonctionnaires de gestion et des fonctionnaires d'autorité (1).

On reproche à notre solution de faire de tous les administrateurs, des serviteurs politiques, alors qu'il est rationnel de ne demander aux agents des ser-

(1) « Je nie catégoriquement qu'il y ait dans notre législation une démarcation semblable entre les fonctionnaires. Cette démarcation n'est qu'une vue de théoricien, vue ingénieuse, mais fausse. » M. Larnaude, *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 832.

vices techniques que l'aptitude à remplir leur mission. Ils engagent leur savoir et leur talent, non leur conscience. Il est dangereux de les livrer aux perpétuels changements et aux néfastes exigences des partis, surtout dans un pays démocratique et parlementaire. On cite ce qui a lieu aux Etats-Unis ; l'influence des passions politiques a doté la république américaine de la plus déplorable administration. La comparaison n'est pas très juste, car cette influence est fatale sur une organisation recrutée par le suffrage universel. Les électeurs sont naturellement enclins à s'inquiéter beaucoup plus des opinions du candidat que de ses mérites. Là où le système électif n'a été introduit qu'avec une extrême prudence et est resté exceptionnel, le péril n'est pas aussi menaçant.

« L'expérience prouve, dit M. Leroy-Beaulieu, que dans tous les pays le gouvernement prétend contraindre ses employés à être dévoués corps et âme à sa politique. » — « Mais la raison et l'expérience aussi démontrent que cette prétention est ordinairement vaine. Que les fonctionnaires en vue, les chefs, les directeurs soient astreints à un loyalisme au moins apparent, cela est possible et n'a rien qui nous choque. Mais l'énorme masse des fonctionnaires subalternes ne se sent aucunement atteinte dans sa conscience et dans sa liberté politique par le fait qu'elle est au service de tel ou tel ministère. Des gouvernements à tendances très opposées se sont succédé au pouvoir ; à

de rares exceptions près, n'a-t-on pas vu les mêmes agents demeurer dans les mêmes emplois (1) ? »

Néanmoins, de semblables craintes ne sont pas absolument chimériques. Un préfet doit être à l'entière disposition des gouvernants et n'a qu'à s'incliner ou à se démettre. Cette dépendance ressort du rôle qu'il est appelé à jouer. Au contraire, le fonctionnaire de gestion soustrait au droit commun est à la merci d'un parti ; s'il a été victime d'un renvoi injustifié, il n'a aucune chance d'obtenir une indemnité et il est privé de toutes les garanties dont jouissent les préposés dans les exploitations particulières. Gênée par la politique, l'administration réduira souvent celle-ci à l'impuissance par son mauvais vouloir vis-à-vis de réformes très désirables.

Il est aisé de remédier à ces inconvénients par la constitution d'un statut, c'est-à-dire par la fixation minutieuse des règles de nomination, d'avancement, de discipline. De tels avantages, concédés déjà à un grand nombre de services, sont susceptibles d'extension. Ils sauvegardent l'agent contre l'arbitraire sans entraver l'œuvre des pouvoirs publics. Désormais indépendant, l'administrateur ne risquerait plus de devenir un homme politique.

Du reste le supérieur hiérarchique n'a jamais une autorité complètement discrétionnaire, ne serait-ce

(1) Berthélemy, *op. cit.*, édit. 1901, p. 629.

qu'au point de vue formel. « L'omission ou la violation des formes établies par la loi ou les règlements suffit en général pour faire passer un acte de pure administration dans la catégorie des actes qui donnent ouverture à la voie contentieuse (1). »

Toutes les fois que le Conseil d'Etat a pu prendre prétexte d'une prescription législative quelconque soumettant la peine disciplinaire à des conditions de forme ou de fond, il n'a jamais hésité à accueillir les plaintes dont il était saisi et à annuler les décisions prises. Ont été ainsi annulés : le déplacement d'un inspecteur primaire qui s'était vu refuser communication de son dossier (2), une nomination contraire aux règles de l'avancement et par conséquent préjudiciable aux fonctionnaires de carrière (3), une révocation déguisée sous le nom d'une mise à la retraite ou d'une suspension, etc. (4).

Sans doute, l'arrêt du Conseil ne réintègre pas *ipso facto* l'agent révoqué ou suspendu, mais il est sans exemple qu'il ne l'ait été dans la suite.

La tendance très caractérisée de la jurisprudence est

(1) Serrigny, *Questions et traité de droit administratif*, I, p. 35.

(2) C. E., 6 juillet 1906. Lebon, p. 698. — La communication du dossier est ordonnée par la loi du 22 avril 1905.

(3) C. E., 1^{er} juin 1906. Lebon, p. 515.

(4) C. E., 9 juin 1882, Lebon, p. 555. — 19 novembre 1897, S. 98. 3.113. — 24 février 1899, S. 99.3.501. — V. aussi C. E., 6 mars 1898 et 24 février 1899, S. 99.3.105. — 2 février 1906, Lebon, p. 99. — 23 novembre 1906, Lebon, p. 845.

de protéger de plus en plus les titulaires des emplois publics ; lorsqu'ils sont d'un rang subalterne, elle les fait profiter de la loi de 1898 sur les accidents du travail. De même les décrets les plus récents manifestent tous l'intention de ne plus livrer les fonctionnaires à leurs chefs (1).

Enfin, le recours pour excès de pouvoir deviendra une protection très efficace, si l'on consent à lui donner tout le développement qu'il comporte. Pourquoi n'userait-on pas en l'espèce de la théorie du détournement de pouvoir ? Tout agent frappé pour des raisons étrangères au bien du service serait recevable à se pourvoir devant la juridiction administrative.

D'ailleurs, les premiers pas ont été faits dans cette voie. Un agent de police ayant été suspendu par le maire, à la suite d'un procès-verbal reconnu fondé, cette mesure a été jugée abusive et annulée (2). Tout acte matériellement légal, mais inspiré par des motifs autres que ceux sur lesquels la loi est basée, ne serait plus inattaquable : les lois d'organisation des services publics n'ont d'autre but que leur bon fonctionnement, toute autre considération doit donc être écartée.

On n'a même pas la ressource d'objecter que le tri-

(1) V. par exemple les décrets du 9 juin 1906. *Journ. off.*, 11 juin 1906. — V. plus loin : *Le pouvoir disciplinaire*.

(2) C. E., 16 décembre 1900, Lebon, p. 617. — Il est à remarquer que la théorie du détournement de pouvoir s'applique parfaitement aux actes de puissance publique.

bunal administratif ne peut accorder une réparation pécuniaire, puisque le fonctionnaire qui est en droit de se plaindre rentrera en fonction et qu'il lui sera alloué le rappel du traitement échu. Bien plus, le Conseil d'Etat a reconnu la possibilité d'une indemnité supplémentaire, au moins implicitement (1).

Ainsi, tous les agents des Etablissements publics ont certaines garanties; elles sont seulement plus ou moins complètes, selon qu'ils ont ou n'ont pas d'état. L'absence d'un statut était autrefois le cas le plus ordinaire; il tend à ne plus être réservé qu'aux agents politiques: à ceux-là un statut doit normalement faire défaut.

Il n'existe pas dans la législation française des dispositions générales analogues à celles que nous trouvons dans la loi allemande du 31 mars 1873 (2), elle-même copiée sur la loi prussienne de 1852 et tous les efforts tentés en ce sens ont échoué. Mais le dernier projet élaboré n'aura probablement pas le sort des projets antérieurs (3).

(1) C. E., 29 mai 1903, Lebon, p. 415 (Le Berre).

(2) Dans la loi de 1873, il est procédé à une énumération limitative des agents révocables *ad nutum*. Tous les autres, inamovibles, sont justiciables, pour toute pénalité grave, des Cours et des Chambres de discipline. — V. Kammerer, *La fonction publique en Allemagne*, Paris, 1898.

(3) *Journal officiel*, 17 juillet 1885 (projet de M. Barthe). — *Doc. parlem.*, Chambre 1894, p. 1142 (projet de M. l'abbé Lemire). — 1894, p. 1832 (projet de M. Michelin). — 1896, p. 1538 (projet de M. de Mahy).

En décembre 1907, une loi réglementant le droit d'association des fonctionnaires était en préparation. Le gouvernement y fit joindre un décret-type, rédigé par le Conseil d'Etat, qui établissait les règles d'avancement et de discipline applicables aux fonctionnaires publics. Mais, étant donné l'importance de la question, il fut décidé que le statut des fonctionnaires ferait l'objet d'un texte spécial. Quelques jours plus tard, M. Buisson déposait une « Proposition de loi relative au statut des fonctionnaires professionnels dans les divers services publics civils (1) ».

En résumé, nous ne croyons pas que la thèse de l'acte unilatéral puisse sérieusement encourir le reproche de placer les agents de gestion dans une sorte d'asservissement regrettable, ni que leurs attributions doivent entraîner pour eux un traitement particulier. « De ce que l'agent institué n'a pas compétence pour faire un acte dit de puissance publique, de ce qu'il ne fait que des actes de gestion, on n'a pas le droit de conclure que l'acte qui l'institue est nécessairement un contrat (2). »

Juridiquement la fonction publique est donc un rapport légal unilatéral et si son titulaire n'a que les droits qu'il tire de la loi, cela ne veut pas dire qu'il

(1) *Doc. parlem.*, Chambre, 9^e législature, n^o 1482. — V. Jeanneuey, *Associations et syndicats de fonctionnaires*, Hachette, 1908.

(2) Duguit, *Etudes de droit public*, II, p. 405. — Dans le même sens : Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, p. 27.

n'en ait pas et que sa situation soit forcément précaire (1).

De cette relation de puissance publique dérive un deuxième fondement du pouvoir hiérarchique. Comme la discipline familiale découle de la puissance paternelle, la discipline étatique découle de la puissance publique qui est à la base de la collation des emplois publics. Elle n'est pas une action « en exécution du contrat » (2), mais plutôt une législation secondaire qui tient à la fois du droit et de la morale. Personne d'ailleurs ne conteste cette discipline à l'Etat, même ceux qui défendent la théorie contractuelle ; seulement ceux-ci sont parfois logiquement obligés d'y apporter des restrictions, tandis que pour nous, il n'y a de restrictions que celles prévues par la loi.

Pour conclure, nous dirons que la responsabilité du supérieur ou de l'Etablissement public, et la nature juridique des charges publiques sont la meilleure justification de l'autorité hiérarchique. Enfin, s'il en était encore besoin, nous trouverions un nouvel argument en parcourant les textes multiples qui composent notre Code administratif ; tous ils proclament

(1) La même solution s'applique aux agents de la commune et du département : le maire et le préfet en les nommant font acte de puissance publique.

(2) Labaud, *op. cit.*, II, p. 188.

cette sujétion du subordonné parce qu'elle est indispensable (1).

(1) V. par exemple L. 18 juillet 1831, art. 9. — D. 13 avril 1851, art. 6. — D. 25 mars 1852, art. 6. — D. 16 avril 1861, art. 7. — Loi 10 août 1871, art 88. — L. 10 avril 1884, art. 25, etc.

CHAPITRE II

LE POUVOIR HIÉRARCHIQUE

SECTION I

Le principe de la séparation des hiérarchies.

Les titulaires et les sujets du pouvoir hiérarchique.

En laissant de côté pour le moment les assemblées électives du département ou de la commune et les magistrats, il n'y a pas dans l'ordre administratif de fonctionnaires qui échappent à la hiérarchie ; tous sont astreints à ce rapport de commandement et d'obéissance. C'est ce que le Conseil d'Etat a affirmé à plusieurs reprises à propos du grand chancelier de la Légion d'honneur et des gouverneurs des colonies. Ainsi les particuliers seront admis à déférer leurs décisions au supérieur qui est le ministre, comme si elles émanaient d'un préfet ou d'un maire. « Les dé-

cisions prises par le grand Chancelier sont, comme les décisions de toutes les autorités à l'égard desquelles il n'en a pas été ordonné autrement par une disposition expresse de la loi, assujetties au recours des parties devant l'autorité ministérielle (1). »

La subordination est donc inhérente à tous les degrés de l'organisation administrative ; commençant avec les échelons inférieurs, elle ne s'arrête qu'aux ministres. Il y a en effet entre les membres du gouvernement une véritable unité et les ministres n'agissent pas sous le contrôle du Président de la République, bien qu'ils soient révocables par lui. Ce dernier réformant les actes des collaborateurs qu'il s'est choisis, atteindrait ses propres actes puisque son action ne peut se manifester que par l'intermédiaire de ceux-là mêmes dont il aurait la surveillance. Enfin et surtout, les ministres sont seuls à s'engager devant le Parlement, aussi un semblable pouvoir du chef de l'Etat serait inconciliable avec le régime parlementaire. Contrôle et responsabilité sont deux choses tellement liées l'une à l'autre que la Constitution de 1852, en écartant l'irresponsabilité du Président, lui donnait en échange le droit de vérifier toutes les mesures prises par l'administration supérieure.

Sans doute, il lui appartient aujourd'hui de pro-

(1) C. E., 1^{er} mai 1874, Lebon, p. 409. V. également : C. E., 15 septembre 1848, Lebon, p. 582. — 25 novembre 1883, Lebon, p. 882. — Laferrière, *op. cit.*, 1^{re} édit., p. 395.

noncer des révocations ou nominations de fonctionnaires, de dissoudre certaines assemblées régionales, mais encore ne le fait-il que sur la proposition et avec le contreseing des ministres ; il y a là d'ailleurs beaucoup plus une sorte de justice retenue qu'un pouvoir disciplinaire. Ainsi le système consacré par les lois de 1875 n'est pas celui de 1852 ; le chef de l'Etat est en dehors de la hiérarchie qui finit avec les ministres (1).

Ceux-ci sont entre eux sur un pied d'égalité absolue. Bien que l'habitude ait prévalu de donner au chef du Cabinet le titre de Président du Conseil, en réalité il ne le convoque et n'en dirige les débats que sur délégation présidentielle, et l'autorité morale que peut lui conférer sa personnalité est sans intérêt au point de vue qui nous occupe. Chaque ministre est donc, dans le cercle de ses attributions, administrateur suprême.

Immédiatement après, viennent les sous-secrétaires d'Etat, dont l'origine remonte à une ordonnance royale du 9 mai 1816. Nommés par le roi, ils recevaient ensuite par arrêté ministériel une commission plus ou moins étendue et, dans ces limites, agissaient aussi valablement que leurs chefs. C'était une dérogation au principe qui veut que l'autorité ne soit pas trans-

(1) Hauriou, *Précis*, 4^e édit., p. 412. — Cf. Simonnet, *Traité de droit pénal et administratif*, n^o 421. — Ducroq, *Droit administratif*, I, n^o 72. — Perreau, « Le contrôle hiérarchique », *Revue du droit public*, 1897, t. VII.

missible parce que les fonctionnaires qui en sont munis, en ont l'exercice et jamais la disposition. Aussi, dans la suite, les attributions déléguées furent mentionnées dans le décret de nomination, l'établissement d'un sous-secrétariat étant, comme celui d'un ministère, de la compétence du Chef de l'Etat (1). Le décret du 9 juin 1906, relatif aux Postes et Télégraphes, est très explicite à ce sujet.

Il résulte de tout cela que la situation des sous-secretsaires est un peu particulière. Aux termes de la Constitution ils n'ont aucun rapport avec les Chambres, vis-à-vis desquelles le ministre est leur répondant. D'autre part, en leur qualité de délégués du Pouvoir exécutif, ils profitent d'une grande indépendance et d'une large initiative, surtout quand ils se trouvent à la tête d'un service spécialisé. Le Parlement devait logiquement en venir à leur demander compte de leurs actes et à en faire des agents politiques ; c'est ce qui est arrivé. On les a vus souvent donner seuls leur démission. Cette conséquence est peut-être fâcheuse, car toute responsabilité qui se déplace et se partage tend à devenir moins effective, mais elle était nécessaire. Puisque les sous-secretsaires se dérobaient à l'autorité du ministre (2), il est juste de décharger celui-ci de sa responsabilité et de ne pas faire rejaillir sur

(1) Bremond, Examen doctrinal dans la *Revue critique de Législation*, 1894, p. 325.

(2) C. E., 2 décembre 1892, D. 93.3.1.

lui les conséquences d'une interpellation motivée par leur conduite.

Du reste, en dehors de leurs attributions propres, les sous-secrétaires sont de simples fonctionnaires, ne peuvent statuer à la place du ministre mais seulement faire certains actes sans valeur juridique : correspondance, instructions, etc. (1). Au lieu d'être des titulaires du pouvoir hiérarchique, ils en sont les sujets et si la question ne s'est jamais posée aussi nettement pour eux que pour le grand Chancelier, il est probable néanmoins que ce serait la solution adoptée par la jurisprudence (2).

Ministres et sous-secrétaires d'Etat sont entourés d'un personnel considérable attaché à leurs bureaux. Des directeurs et sous-directeurs se partagent les affaires et ont sous leurs ordres des chefs et sous-chefs de division et de bureau, des rédacteurs et expéditionnaires. Des conseils et comités sont consultés et donnent leurs avis sur toutes les questions qui supposent des connaissances techniques.

Comme les sous-secrétariats, les ministères sont créés et organisés pour le Pouvoir exécutif qui parfois cependant a préféré s'en remettre aux Chambres (3);

(1) C. E., 11 juillet 1894, D. 95.3.64. — V. Laferrière, *op. cit.*, II, 2^e édit., p. 502.

(2) Sur la situation des sous-secrétaires d'Etat. V. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 558 et suiv. — E. Pierre, *Traité de droit politique*, p. 113. — Brémond, *op. et loc. cit.*

(3) L'habitude de nommer des sous-secrétaires, après avoir été

c'est une loi qui a érigé en ministère la Direction des colonies. Mais conformément à un texte du 30 décembre 1882, aucune modification ne peut y être apportée que par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique. L'application de cette disposition, dont le but était de mettre obstacle à des changements trop fréquents, a été restreinte par la loi du 13 avril 1900 uniquement à ce qui intéresse l'avancement, le traitement ou la discipline. Le but qu'on se proposait ne paraît pas d'ailleurs avoir été atteint, si l'on en juge pas les incessants remaniements que subissent les ministères ; toutefois l'intervention du Conseil d'Etat a eu pour effet de leur donner une constitution à peu près uniforme (1).

Outre ces auxiliaires immédiats auxquels incombe un travail de centralisation et de préparation, le gouvernement doit répartir dans les départements une quantité de fonctionnaires qui auront un rôle plus ac-

momentanément abandonnée, a été reprise et on en compte actuellement quatre : Postes et Télégraphes, Intérieur, Guerre et Beaux-arts. V. par ex. pour ce dernier les décrets du 23 mars 1896, 11 et 29 octobre 1899, 19 septembre 1903, 9 juin 1906.—Les ministères sont au nombre de douze depuis la création par décret du 25 octobre 1906 d'un ministère du travail. Ce dernier a été constitué par la réunion de divers services ressortissant autrefois des ministères de l'Intérieur, du Commerce et des travaux publics (V. *Journ. officiel*, 26 octobre 1906).

(1) De 1882 à 1907, cent vingt décrets rendus par application de la loi de 1882 ont remanié les administrations centrales. V. à ce sujet les statistiques fournies par M. Jeanneney, *Associations et syndicats de fonctionnaires*, Hachette, 1908.

tif et le mettront partout en contact avec les administrés. Aux cadres de l'administration centrale viennent s'ajouter ceux de l'administration provinciale chargée des services extérieurs.

Dans cette seconde catégorie d'agents, les préfets, sous-préfets et maires, ressortissant du ministère de l'Intérieur, tiennent une place prépondérante. Par l'importance et la diversité des intérêts dont ils ont la garde, par l'influence que leur donnent leurs fonctions politiques, ils maintiennent la solidité de l'édifice et forment l'armature sur laquelle viendront s'appuyer les autres services publics. L'étude de ces derniers ne serait qu'une longue et fastidieuse énumération et nous nous bornerons à l'exemple que nous fournit l'administration des finances. La complexité de ses rouages, qui n'exclue pas l'ordre et la régularité, l'existence d'un contrôle qu'il importe de rendre très puissant, en font un modèle d'organisation.

Les douanes, l'enregistrement, les contributions directes et indirectes les manufactures de l'Etat constituent cinq régies financières. Chacune d'elles est gérée par un directeur général possédant des pouvoirs propres et statuant sur tous les cas que le ministre ne s'est pas réservés. Il est assisté de trois administrateurs qui composent avec lui un conseil d'administration et de discipline.

Au-dessous de lui, des directeurs, dont l'action est circonscrite soit à un département, soit à une région,

nomment aux emplois subalternes, coordonnent et vérifient les opérations effectuées par des agents locaux très nombreux. Ainsi dans les subdivisions des douanes, le personnel sédentaire comprend des commis, receveurs, contrôleurs et vérificateurs et le personnel actif, des préposés, brigadiers, lieutenants et capitaines. L'assiette des contributions directes est confiée à des contrôleurs, et leur recouvrement à des percepteurs, receveurs des finances et trésoriers-payeurs généraux.

Des prescriptions minutieuses facilitent le contrôle sous toutes les formes : registres d'ordre, états mensuels de comptabilité ou de statistique, etc. De plus, par l'intermédiaire des inspecteurs, les directeurs régionaux sont en relation constante avec leurs subordonnés, tranchent les questions délicates et si elles dépassent leur pouvoir de décision, en réfèrent au directeur général ou au ministre avec lequel ils correspondent directement. Celui-ci est d'ailleurs renseigné par les rapports de l'Inspection des finances qui exerce sa surveillance sur l'ensemble des services.

La multiplication des exemples ne servirait qu'à nous conduire à la même constatation. Toutes les branches de l'administration se détachent du centre pour rayonner ensuite à la surface du pays, englobant tous les agents dans le vaste réseau de la hiérarchie (1).

(1) Baron, *Le ministère des Finances*, 1908.

Mais un fonctionnaire public, du fait qu'il occupe une position plus ou moins haute, n'est pas le supérieur de tous ceux qui ont une situation inférieure à la sienne.

En premier lieu, la hiérarchie ne dépasse pas les cadres d'un service déterminé : c'est le principe de la séparation des hiérarchies. En second lieu, tout fonctionnaire même d'un rang très élevé n'est pas nécessairement un supérieur, au sens qu'il faut attribuer à cette expression. Les autorités administratives méritent seules ce titre. Sinon un agent quelconque, pourvu que la hiérarchie inférieure ne se trouve pas épuisée avec lui, serait un supérieur. Or, cela est inadmissible.

Tout d'abord il n'y a pas une hiérarchie unique, c'est-à-dire des chefs et des subordonnés tous réunis par les liens du commandement et de l'obéissance. Les divers services forment, à ce point de vue, des séries d'échelons parallèles et indépendantes les unes des autres, même lorsqu'ils sont sous la direction d'un seul ministre ; en cette hypothèse, ils ont simplement un échelon commun. Chaque administration reste ainsi isolée : celle des Douanes est étrangère à celle des Ponts et Chaussées ou à celle de l'Enregistrement et il en va de même pour les agents qui en font partie. Telle est la règle.

En pratique cependant, les différents ordres de fonctionnaires ne sont pas sans avoir des rapports entre eux.

D'une manière générale, les fonctionnaires ont sans distinction, leur place dans le Code des préséances et à cet égard il y a pénétration des hiérarchies et gradation de toutes les autorités et de tous les corps constitués.

En matière d'attributions, le principe subit également des restrictions. Les unes, concernant les préfets et les officiers de police judiciaire, sont permanentes et normales, les autres, relatives à l'état de siège et aux réquisitions de troupes, ne s'appliquent qu'à des circonstances exceptionnelles.

Dans le département, ceux qui remplissent une charge spécialisée ne relèvent pas véritablement du préfet. Toutefois celui-ci dans l'étendue de son ressort veille à l'exécution de tous les services de l'Etat. Parfois même son influence se manifeste d'une façon plus réelle et plus efficace par un droit de nomination et de révocation dont il use avec ou sans le concours d'une autre autorité. Il désigne ainsi le personnel inférieur des Contributions directes et indirectes, de l'Enseignement primaire et certains commissaires de police. Il destitue les gardes champêtres et les instituteurs publics (1).

(1) Récemment une circulaire du ministre de l'Intérieur a placé, au point de vue politique, tous les fonctionnaires du département sous le contrôle du préfet. Cette circulaire nous paraît peu propre à remédier au mal que l'on a souvent signalé, c'est-à-dire à l'ingérence de la politique dans l'administration. Ne revient-elle pas à accentuer encore le caractère politique de fonctions qui ne de-

A ce privilège correspondent du reste des obligations. Le préfet, tout en étant plus spécialement l'agent du ministère de l'Intérieur, représente le gouvernement dans sa circonscription. Par là, il dépend de tous les ministres qui peuvent toujours lui transmettre des instructions, et lui demander des explications quand ils le jugent à propos.

De nombreux agents pénètrent également pour une partie de leurs attributions dans une hiérarchie qui n'est pas la leur. Ceux qui sont accessoirement appelés à devenir officiers de police judiciaire sont, en cette qualité seulement, sous les ordres des membres du parquet, quels que soient par ailleurs leurs supérieurs ordinaires. « Tous les officiers de police judiciaire, même les juges d'instruction, sont soumis à la surveillance du procureur général. Tous ceux qui sont, à raison de fonctions même administratives, appelés par la loi à faire quelques actes de la police judiciaire sont, sous ce rapport seulement, soumis à sa surveillance (1). » Le procureur général détient même à leur égard un droit d'avertissement et en cas de récidive un droit de citation en Chambre du Conseil (2).

Les maires et adjoints, les juges de paix, les juges

vraient avoir qu'un caractère technique ou purement administratif ? Une pareille confusion est aussi néfaste à l'administration, qu'à la politique elle-même.

(1) Article 279 C. I. C. V. aussi articles 9 et 290 du même code.

(2) Articles 280 et 281 du Code d'instruction criminelle.

d'instruction, les commissaires de police sont donc visés par ces textes. Les préfets et à Paris le préfet de police, au contraire, ne sont pas considérés comme officiers de police judiciaire, bien qu'ils en aient les pouvoirs, et échappent ainsi au contrôle de la Cour d'appel.

De la subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil résulte une autre atteinte au principe de la séparation des hiérarchies. La force armée étant à la disposition de l'autorité civile, dès que celle-ci, par une réquisition, a exprimé sa volonté, les chefs militaires doivent obéir et ne conservent plus que la liberté de choisir les moyens d'exécution. — Les abus que ce droit pourrait engendrer expliquent la sévérité avec laquelle le législateur l'a réglementé. Il énumère limitativement les personnes qui sont autorisées à en faire usage. La réquisition est écrite, motivée ; elle ne peut être verbale que lorsqu'il s'agit de faire appel aux forces de police (1).

Il en est de même quand une flotte se trouve char-

(1) Ont seuls le droit de réquisitionner la force armée : le Président de la république, les préfets et sous-préfets, le ministère public, les commissaires de police, juges d'instruction, juges de paix et en cas urgent les officiers et sous-officiers de gendarmerie, enfin les magistrats, les présidents des Chambres et des bureaux de vote pour maintenir la police de ces assemblées. Pour justifier une réquisition, il faut un attroupement, une exécution de justice une saisie administrative, etc. — V. C. I. C. art. 25, 99, 108, 376. — C. P., art. 234. — Loi du 22 juillet 1879. — Rochoux, *De l'autorité militaire*, Bordeaux, 1896. — (Thèse).

gée d'appuyer à l'étranger les réclamations d'un représentant diplomatique. C'est sur ses indications que le chef des escadres est obligé de régler ses mouvements.

Dans les périodes de crise, le bouleversement de la hiérarchie se produit en sens inverse et les autorités militaires prennent le pas sur les autorités civiles. C'est alors l'état de siège dans lequel tous les pouvoirs sont remis entre les mains du commandant des troupes.

Il est à remarquer que cette situation anormale peut se présenter en dehors de tout siège effectif ; l'état de siège sera proclamé « en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée », dit l'article 1^{er} de la loi de 1878. De plus, les mesures de rigueur qu'il comporte peuvent être étendues à tout ou partie d'un territoire (1).

La décision est prise par les Chambres ou par le gouvernement, mais les dispositions législatives se ressentent de l'époque où elles furent discutées, et ne laissent que peu de latitude au Pouvoir exécutif. En effet, une loi peut seule, en principe, déclarer l'état de siège, et si les Chambres sont dissoutes, il ne peut prendre cette responsabilité qu'en cas de guerre, dans les régions menacées et à charge de convoquer aussitôt le Parlement. Si ce dernier est hors de session, il se réunit de plein droit deux jours après.

(1) Loi 3 avril 1878, art. 1, 2, 3. — L'Algérie et les colonies sont placées sous un régime particulier : V. Loi 9 août 1849.

L'état de siège une fois prononcé, les autorités militaires sont, à différents égards, substituées aux autorités ordinaires. Elles disposent des pouvoirs de police, font des règlements ou des actes individuels (1). La compétence des juridictions répressives est réduite au profit des conseils de guerre qui connaissent exclusivement de certains délits et ont pour d'autres un droit d'évocation (2).

Ainsi en tous ces cas, la séparation des hiérarchies n'est plus respectée, soit en vue du bon fonctionnement des services publics, soit en vue de la sécurité nationale. Mais il faut avoir soin de distinguer la confusion des hiérarchies et la confusion des attributions. Il arrive parfois que plusieurs administrations sont concurremment chargées d'une tâche identique ou bien que le personnel de l'une coopère avec le personnel de l'autre, toutefois ces agents n'en demeurent pas moins sous la direction unique de leurs chefs hiérarchiques (3).

(1) L'autorité militaire a droit de perquisition, d'expulsion, peut réquisitionner les armes et interdire les publications ou les réunions qu'elle juge de nature à entretenir le désordre. Loi 9 août 1849, art. 9.

(2) Loi 9 août 1849, art. 8. — Code de justice militaire, arts. 204, 208, 249, 254. — Le siège effectif aggrave encore les mesures brièvement indiquées ci-dessus. L'état de siège est alors déclaré par le commandant de la place. Loi 10 juillet 1791. — D. 24 décembre 1811.

(3) C'est ainsi que les agents des douanes et des contributions indirectes sont chargés de la répression des mêmes fraudes en

Nous dirons donc pour conclure que les exceptions ne modifient pas le principe. Il y aura entre les hiérarchies des liens de préséance, des assimilations de grade, mais elles agiront librement dans le domaine qui leur est imparti. Le fonctionnaire qui a dans l'une un poste supérieur est sans influence vis-à-vis du subalterne ayant dans l'autre un poste infime. Il n'est pas qualifié pour lui commander, alors même que l'objet de ses injonctions rentrerait dans les attributions du subalterne. Pour qu'il y ait lieu à obéissance il faut une compétence réciproque, autrement dit, il faut que le supérieur et le subordonné fassent partie du même ordre administratif. Si les besoins du service exigent l'action concertée de deux ou plusieurs administrations les instructions sont données par les chefs suprêmes, les ministres.

Nous savons que tous les fonctionnaires sont compris dans la hiérarchie, mais celle-ci ne se résout pas pour tous d'une manière identique. Tandis que pour les uns elle est un devoir, pour les autres, pour ceux qui commandent, elle est un droit. Il y a donc des titulaires et des sujets du pouvoir hiérarchique.

Ce dernier n'est confié qu'à certains fonctionnaires. Il ne saurait naturellement en être question pour ceux

matière fiscale, que le service des douanes perçoit certains impôts pour le compte de l'Enregistrement et des Contributions directes, etc.

qui occupent aux bas de l'échelle administrative les emplois inférieurs. Quant aux autres, ils n'ont pas forcément non plus l'exercice de ces prérogatives car elles sont l'apanage des autorités.

Les autorités sont les agents ou les corps qui en vertu d'un pouvoir propre qu'ils tiennent directement de la loi, prennent des décisions exécutoires par elles-mêmes. Mais il faut se garder de confondre les autorités avec les agents qui disposent de la puissance publique. Un gendarme qui ne fait que des actes de puissance est cependant un subalterne, un organe d'exécution. Ses procès-verbaux ont si peu force exécutoire qu'un jugement est indispensable pour les sanctionner.

La décision exécutoire au contraire tend à produire un effet de droit et à faire naître le contentieux et elle s'oppose ainsi aux mesures de préparation ou d'exécution. Elle est quelquefois soumise à des conditions de forme de délai ou d'approbation (1).

(1) Aux termes de la loi de 1871, art. 49, et de la loi de 1884, art. 95, les délibérations du Conseil général et les arrêtés des maires ne sont exécutoires qu'après un délai de un et trois mois. Il ne faut pas oublier que si la décision crée le contentieux, celui-ci peut néanmoins prendre naissance sans elle ; les dommages résultant des travaux publics ouvrent d'eux-mêmes l'accès du Conseil de préfecture. — De plus, la force exécutoire peut exister vis-à-vis d'un autre organe. Les décisions exécutoires des Assemblées locales le sont vis-à-vis du préfet et du maire. Hauriou, *op. cit.*, p. 276 et suiv. — M. Larnaude, *Cours de droit public*, 1900-1901. — Borel, *La Souveraineté et l'Etat fédératif*, p. 85.

Ainsi comprises, les autorités administratives sont peu nombreuses. Ce sont : le chef de l'Etat, les ministres et sous-secrétaires d'Etat, les préfets, les sous-préfets et les maires (1). Ce sont aussi les Assemblées départementales et communales dont nous ne nous occuperons pas provisoirement. Nous constaterons simplement qu'elles n'ont d'autre particularité que l'étendue de leurs pouvoirs.

Ces pouvoirs, les autorités les tiennent de la constitution ou de la loi. On a soutenu qu'ils dériveraient d'une série de délégations (2). Ils passeraient des électeurs à l'Etat, puis successivement aux agents. Chacun d'eux serait le délégué de celui qui l'a nommé. Il y aurait délégation directe par l'élection, ou indirecte par suite de choix successifs.

Mais s'il en était ainsi, le gouvernement désignant aux fonctions aurait la liberté d'imposer des actes contraires à la loi, or, « s'il arrivait que des agents refusent de tels ordres, non seulement leur droit mais leur devoir serait de n'y point obtempérer (3) ». Bien plus, tout acte illégal des autorités peut être attaqué devant

(1) Nous ne considérons pas les sous-secrétaires comme de simples délégués. Investis directement par le Président de la République, il n'y a pas véritablement pour eux de délégation. Le chef de l'Etat crée un sous-secrétariat comme il organiserait un nouveau ministère.

(2) Balicki, *op. cit.*, p. 175. — Cf. Bodin, *La République*, livre III, chap. v.

(3) Vivien, *op. cit.*, I, p. 75, 3^e édit.

la juridiction administrative par tous les intéressés et être annulé. Enfin, entre l'électeur et l'élu, l'impossibilité de la destitution, la prohibition d'instructions impératives sont en contradiction avec l'idée d'un mandat.

C'est donc au nom de la loi que ces fonctionnaires remplissent leurs attributions ; celles-ci leur sont propres d'abord parce qu'ils ne les reçoivent de personne et ensuite parce que personne ne peut les remplir à leur place (1).

Le ministre est incompétent pour prendre un arrêté de chasse ou révoquer un instituteur, ce que peut faire le préfet qu'il nomme ; le préfet ne peut dresser une contravention, tandis que le garde-chasse qu'il nomme est qualifié pour le faire. Ne recevant ses pouvoirs de personne, le fonctionnaire ne saurait d'avantage les transmettre à qui que ce soit. « Les compétences ne peuvent se déléguer au gré de ceux qui les exercent parce qu'elles résultent de la loi, qu'elles sont d'ordre public et par conséquent elles ne peuvent être exercées que par ceux à qui elles sont dé-

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 484. — Vivien, *op. cit.*, I, p. 302 — *eodem*, p. 235 : « La confiance de l'Etat n'est pas susceptible de délégation ». — Les pouvoirs existent en vertu de la loi en dehors de la désignation bien que celle-ci leur soit ordinairement nécessaire ; ainsi un magistrat envoyé dans une nouvelle résidence reste capable de siéger avant son départ aussi longtemps que son successeur n'a pas été installé. Cass. 7 juin 1882, D. 83.1.333.

volues (1). » Cette interdiction ne se concevrait pas si la fonction était le résultat d'un mandat ; la nomination étant muette sur ce point, laisserait au mandataire la faculté de se choisir un collaborateur.

Malgré cela, des suppléances ou délégations opérant un transfert total ou partiel des compétences ne sont pas sans exemple. Le maire est suppléé par un adjoint ou un conseiller municipal. Le ministre délègue au profit des directeurs de certains services et le préfet au profit du secrétaire général de préfecture. Mais ces concessions elles-mêmes sont légales puisque la loi les prévoit et prescrit qu'elles seront faites à des fonctionnaires déterminés et suivant des formalités préétablies. A défaut de loi, elles sont légitimées par un décret du chef de l'Etat dont relève souverainement la distribution des services publics (2).

Nous compléterons donc la liste des autorités que nous avons précédemment fixée, en y ajoutant les chefs de service qui, comme les directeurs généraux et directeurs des régions financières, jouissent d'une délégation permanente et ceux qui, éventuellement, seraient appelés à devenir des autorités.

(1) Laferrière, *op. cit.*, II, p. 500. — Cf. Michoud, *op. cit. Revue du droit public*, 1895, II, p. 265.

(2) Loi 5 avril 1884, art. 82 (maire) — O. 29 mars L. 21 juin 1865, art. 4 (préfet). — D. D. 22 décembre 1881, 8 février 1882. Ord. 17 décembre 1844 (ministre des finances). — Règlement 3 avril 1869 (ministre de la guerre), etc. Hors de ces hypothèses il n'y a pas de place pour la délégation : C. E. 21 février 1890. D. 91.3.83.

Ainsi la qualité de chef hiérarchique sera la conséquence d'un pouvoir propre et plus rarement d'une commission expresse et dans ces deux cas seulement, on peut parler d'un pouvoir hiérarchique au sens que nous avons donné à cette expression.

Ainsi le préfet, quand il prend une mesure disciplinaire contre un des fonctionnaires de son ressort, quand il fait acte de tutelle administrative à l'égard des établissements publics, quand il fait un règlement est un supérieur. Il en est de même d'un directeur régional des douanes lorsqu'il prononce définitivement sur les transactions auxquelles donnent lieu les amendes fiscales, ou lorsqu'il désigne ou destitue les préposés du service actif (1).

« Cela n'empêche pas sans doute que ces fonctionnaires aient à rendre compte aux ministres des actes qu'ils accomplissent en cette qualité ; ils n'en statuent pas moins sans autorisation préalable, sans homologation postérieure et sans que le ministre puisse substituer son autorité personnelle à celle de son subordonné (2). »

Dans la mesure où la loi accorde à ces agents une

(1) Blanche, *Dictionnaire gén. d'Adm.* V. Douanes. — Caillaux, *Les impôts en France*, II, p. 376 et 392. V. O. 17 décembre 1844, art. 58 — 30 janvier 1828 — arrêté 24 juin 1853, art. 2.

(2) Berthélemy, *op. cit.*, p. 124 (à propos des préfets). Parfois cependant l'écoulement d'un certain délai, ou une approbation sont imposés aux décisions exécutoires. Elles sont alors sous condition suspensive.

semblable indépendance, ils n'ont pour ainsi dire pas de supérieurs ; on ne pourra qu'annuler leurs actes, jamais les réformer. Par contre, pour les autres fonctions dont ils s'acquittent, en l'absence d'un texte qui en décide autrement, ils sont pleinement soumis au pouvoir hiérarchique dont ils ne sont plus les titulaires mais les sujets. Leur situation juridique offre donc un double aspect.

Il faut arriver au sommet de la hiérarchie, aux ministres pour trouver une autonomie plus complète. Le Parlement, au moyen des questions et des interpellations, a la faculté de les contrôler et son vote peut contenir une approbation ou un blâme capable de provoquer ou de prévenir certaines décisions. Mais ce n'est pas autre chose qu'une procédure constitutionnelle et la mise en jeu du système parlementaire.

A part les ministres il n'y a pas de charges publiques qui, à quelque point de vue, ne supposent la subordination. En reprenant les mêmes exemples, les préfets, comme auxiliaires politiques et administratifs du gouvernement, sont des subordonnés. C'est à ce titre qu'ils veillent à l'exécution des lois et décrets. Les directeurs régionaux des douanes, lorsque le chiffre de la transaction dépasse leur compétence, transmettent l'affaire au directeur général ou au ministre qui statuera ; ils n'ont plus ici qu'un rôle de préparation. Enfin quand il s'agit d'agents autres que les

simples préposés, ils ont droit de proposition et non de décision.

L'autorité est donc restreinte non seulement quant à ceux qui la détiennent, mais encore quant aux attributions qui la comportent.

Tous les autres fonctionnaires dont la mission se borne à préparer ou à exécuter des décisions, des règlements, des lois, dont ils n'ont pas l'initiative, qui reçoivent une direction en dehors d'eux sont des subalternes.

Cela ne veut pas dire qu'il n'y ait entre eux aucune espèce de hiérarchie, car ce serait l'anarchie. Ainsi un chef de bureau n'est pas dépourvu de toute autorité sur le rédacteur d'un ministère. Il vérifie son travail, lui commande, il participe à l'exercice du pouvoir disciplinaire par l'élaboration des notes qui formeront son dossier. C'est par des rapports verbaux ou écrits de ses inférieurs que le directeur du service apprécie le bien-fondé des réclamations qui lui sont soumises. Mais dans aucun cas un subordonné ne possède à l'égard d'une autre subordonné, ou à l'égard de ses actes, un droit de décision : il ne pourrait que préparer celle qui sera prise par le supérieur dont ils dépendent tous deux. La hiérarchie n'a donc pas alors la portée générale que nous lui avons attribuée.

Connaissant maintenant ceux auxquels il convient d'accorder le titre de supérieurs, il nous reste à savoir quelles sont les prérogatives qui en découlent.

SECTION II

Comment s'exerce le Pouvoir hiérarchique.

Les manifestations de la dépendance hiérarchique varient à l'infini avec la nature des fonctions, aussi est-il préférable, avant de les étudier en détail, de les esquisser d'abord à grands traits, d'en donner une idée d'ensemble, puis d'examiner les exceptions générales qui y sont apportées.

Le pouvoir hiérarchique affecte les quatre formes suivantes :

- 1) Rang et préséances ;
- 2) Droit de commandement ;
- 3) Recours hiérarchique ;
- 4) Droit disciplinaire.

1) *Le rang et les préséances.* — En vertu de la séparation des hiérarchies, la subordination est limitée à un seul ordre d'agents. Mais le principe n'est pas absolu et la fixation du rang et des préséances vise précisément les rapports des diverses administrations entre elles et par là il y a pénétration de tous les ordres.

Cette question fut longtemps réglementée par le décret du 24 messidor an XII. Ce texte ancien, quoique souvent retouché, était resté comme le Code du protocole administratif. A la suite de la récente loi de séparation de l'Eglise et de l'Etat, un remaniement a paru nécessaire et ce fut l'œuvre du décret du 16 juin 1907. On s'est préoccupé de mettre en harmonie les dispositions nouvelles avec les institutions républicaines, de consacrer la suprématie du pouvoir civil et d'attribuer aux corps élus un rang correspondant à leur importance (1). C'est ainsi que les honneurs particuliers réservés aux ministres de la Guerre et de la Marine ont été supprimés, qu'une place éminente a été faite au préfet dans son département et que les autorités ecclésiastiques ont été rayées de la liste des préséances.

Certaines lacunes ont été comblées notamment en ce qui concerne les sous-secrétaires d'Etat et les Assemblées électives. — L'ancienne règle suivant laquelle le rang accordé à un corps n'appartient jamais individuellement aux membres qui le composent a été maintenue, mais celle qui refusait les honneurs aux fonctionnaires intérimaires a été abrogée. Telles sont les principales innovations du décret de 1907. Ce sujet n'a d'ailleurs qu'un intérêt juridique médiocre et nous n'y reviendrons pas.

(1) V. le rapport précédent le décret.

2) *Le droit de commandement.* — Parmi les privilèges que confère la prééminence hiérarchique, le droit de commandement est essentiel. Il se traduit par des ordres et des défenses, des circulaires, des instructions et par tout ce qui est susceptible de procurer l'action administrative. Après avoir donné l'impulsion, le supérieur use d'un contrôle incessant sur tout ce qui intéresse la marche régulière du service. Il annule, réforme ou suspend les actes qui lui semblent contraires à la loi ou simplement inopportuns.

Il n'a pas toujours la faculté de réformation parce qu'il n'est pas toujours en présence d'un subordonné; il peut avoir au-dessous de lui un fonctionnaire ayant lui aussi des pouvoirs propres. Ainsi le ministre est incompétent pour réformer un arrêt préfectoral. Mais il peut l'annuler car, sauf quelques rares exceptions, aucun acte administratif ne réussit à se soustraire à toute sanction. Alors même que la hiérarchie serait épuisée, l'annulation est encore possible non plus par voie administrative mais par voie juridictionnelle. Enfin le chef, à moins d'être autorisé par un texte formel, ne peut se substituer à l'inférieur *de plano* et avant que ce dernier ait statué (1).

3) *Le recours hiérarchique.* — Quel que soit le zèle d'un administrateur, il ne saurait suffire à tout, em-

(1) Laferrière, *op. cit.*, II, 2^e édit., p. 510.

pêcher tous les abus et assurer partout une parfaite application des lois. Aussi est-il donné aux citoyens de coopérer en quelque sorte à sa surveillance par le recours hiérarchique, et de lui signaler les mesures qu'ils estiment léser leurs droits ou leurs intérêts.

La décision rendue sur pourvoi hiérarchique n'est donc qu'un aspect du droit de commandement. En répondant aux plaintes des particuliers, le supérieur ne fait pas acte de juge (1).

Administrer, c'est prendre tous les moyens utiles au fonctionnement de la machine administrative. Si une autorité vient à se trouver devant une question de droit, elle la résout uniquement afin de ne pas entraver l'action gouvernementale, laquelle ne saurait attendre qu'un tribunal l'ait élucidée. Du reste cela ne met pas obstacle à l'intervention postérieure de ce tribunal.

Il s'agit donc d'une procédure purement administrative ; mais son caractère spécial et surtout son influence sur la procédure contentieuse justifient, la place à part que nous lui avons faite.

4) *Le droit disciplinaire.*— Une dernière obligation des fonctionnaires est la discipline.

Le droit disciplinaire est l'ensemble des règles qui organisent la répression de certaines fautes profes-

(1) V. plus bas le recours hiérarchique et la théorie du ministre juge.

sionnelles ou non. C'est le contrôle s'exerçant sur la personne après le contrôle des actes qu'est le droit de commandement.

A l'Etat revient le soin de gérer les affaires publiques ; il doit être suffisamment armé pour pouvoir obtenir de ceux qui le servent la conduite et le zèle nécessaires.

La peine disciplinaire est prononcée le plus souvent par le supérieur, parfois aussi par des conseils. Dans les deux hypothèses, son fondement juridique réside dans la notion même de la fonction publique. Mais par l'établissement de juridictions, la loi a réglementé l'application des pénalités disciplinaires à l'égard de certaines catégories de fonctionnaires, auxquels il est bon d'accorder plus de stabilité. Ils ont alors un état qui les garantit très efficacement contre l'arbitraire du Pouvoir exécutif.

Celui-ci au contraire recouvre toute liberté vis-à-vis des agents qui ont une fonction politique plus ou moins accentuée. Il est juste de leur réclamer le plus entier dévouement et une concordance absolue de vues et d'opinions.

Telles sont, brièvement exposées, les prérogatives du chef hiérarchique. Mais, ainsi résumées, elles forment pour ainsi dire un pouvoir type et une quantité de fonctionnaires n'y sont pas assujettis avec cette rigueur. Il a fallu l'adapter aux multiples situations que présente l'organisation sociale. Tandis que les unes

exigent une soumission presque passive, les autres sont compatibles avec une indépendance relative ou même ne pourraient s'en passer.

Parmi les fonctionnaires ainsi dégagés de la dépendance hiérarchique figurent les magistrats et les représentants de la commune et du département.

CHAPITRE III

LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE LA HIÉRARCHIE

SECTION I

Les membres de la magistrature. — Le ressort.

§ 1. — *Tribunaux judiciaires.*

Le souverain possède trois attributions : légiférer, juger et administrer. On les retrouve dans toute communauté politique parce qu'elles sont indispensables à son existence même, seulement elles furent longtemps plus ou moins mêlées et confiées aux mêmes autorités.

Cependant la doctrine ne les avait pas identifiées. L'Ecole du droit de la nature et des gens distinguait de nombreuses manifestations de la souveraineté et Locke fut le premier à établir une théorie que trans-

forma et compléta Montesquieu (1). A la distinction des pouvoirs de Locke, l'auteur de l'*Esprit des lois* ajoute le principe de leur séparation et de leur indépendance. Ce n'est pas d'ailleurs un dogme juridique mais une conception empirique, « une précaution dont le bon sens et l'expérience ont démontré l'utilité (2) ».

Avec l'introduction du gouvernement représentatif, cette précaution trouva en France son application. Les organes chargés de légiférer et d'administrer ne sont plus confondus malgré les notables atténuations qui, à cet égard, résultent du régime parlementaire.

Quant à « la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit civil (3) » si tout le monde ne l'admet pas comme pouvoir distinct, personne ne lui refuse des garanties et une organisation particulières. Ainsi ceux qui font de l'ordre judiciaire une branche de l'Exécutif et les partisans des trois pouvoirs aboutissent aux mêmes solutions. Seulement les premiers voient une conséquence de leur thèse là où les seconds ne voient qu'une exception à la règle générale.

La discussion perd dès lors une partie de son intérêt, mais il n'est pas inutile de montrer comment la fonction de juger se séparant de toutes les autres,

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 273.

(2) Berthelemy, *op. cit.*, p. 12.

(3) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XI, chap. vi.

il convient de la traiter différemment. Nous n'entendons pas parler du législateur qu'on n'a jamais songé à comparer au magistrat, mais de l'administrateur.

En effet, le juge et l'administrateur ont un point commun : ils tendent tous deux à faire exécuter la loi, mais là s'arrête la similitude.

Le but de l'administration est de « résoudre les lois en faits d'exécution (1) » ; mais son rôle est permanent, car si les dispositions législatives peuvent avoir le plus souvent tout leur effet sans les tribunaux, elles ne le peuvent que bien rarement sans les fonctionnaires. Il faut procéder aux élections, au recrutement, aux travaux publics, à la rentrée des impôts et à cela la bonne volonté des citoyens et quelques jugements ne suffiraient pas. Ainsi la fonction du juge semblerait compléter la loi bien mieux qu'elle ne complète l'administration.

L'action administrative est libre en ce sens qu'on n'a pas de moyens pour contraindre les fonctionnaires à agir et que, d'autre part, ils peuvent agir d'office. Elle est aussi très large : en contact immédiat avec les particuliers, les agents doivent à tout instant apprécier des questions de droit et d'opportunité. Enfin leurs actes ne tombent pas toujours sous le coup d'un

(1) Artur, « Séparation de pouvoirs et séparation de fonctions » *Revue du droit public*, 1900, t. XIII et XIV ; 1902, t. XVII ; 1903, t. XX.

recours contentieux, et la voie hiérarchique n'offre qu'une sécurité relative.

En ce qui concerne le juge, toutes ces règles sont renversées. Il n'intervient que lorsqu'il est saisi et lorsqu'il y a eu violation de la loi car son unique préoccupation est de sauvegarder le droit. Une fois saisi, il ne peut se dérober et doit statuer s'il ne veut se rendre coupable d'un déni de justice. Enfin on a multiplié les procédures susceptibles d'être employées contre la sentence : appel, opposition, pourvoi.

On comprend que dans ces conditions, le pouvoir hiérarchique ne soit plus indispensable. L'appel suppléera avantageusement au contrôle du supérieur. Les ordres, instructions, circulaires n'auront qu'une importance secondaire puisque la loi existante est la seule chose dont on doive s'inspirer.

Indépendantes les unes des autres, les juridictions pourront aussi, sans inconvénient grave, échapper quelque peu au gouvernement. Le pouvoir judiciaire « ne dirige point la force ni la fortune de la société... On peut dire exactement qu'il n'a ni force ni volonté, mais seulement le jugement (1) ». Cette dernière considération, jointe à la nécessité de donner aux magistrats une compétence professionnelle, explique l'immovibilité et la justifie aux yeux mêmes de ceux

(1) *The Federalist*, cité par M. Esmein, *op. cit.*, p. 321.

qui les considèrent comme des agents du Pouvoir exécutif.

Pour ces motifs, l'inamovibilité a survécu à la vénalité qui en avait été l'origine première. Respectée par la Révolution, tout au moins tant que durait la fonction du juge devenue élective, elle figure dans la plupart de nos Constitutions et s'est maintenue quoique les atteintes ne lui aient pas été ménagées (1).

Ce privilège ne profite pas à tous les membres de la magistrature. Les juges de paix ainsi que les juges de l'Algérie et des colonies en sont privés. Ces derniers sont même sous l'autorité du ministre des colonies, le garde des sceaux se borne à contresigner les décrets de nomination. Les gouverneurs disposent contre eux d'un 'pouvoir disciplinaire allant jusqu'à la suspension (2).

(1) L'inamovibilité a été consacrée par la Constitution de l'an VIII (art. 41), la Charte de 1814 (art. 14) et de 1830 (art. 49,50), les Constitutions de 1848 (art. 87) et de 1870 (art. 15), le décret du 1^{er} mars 1852 et enfin la loi du 30 août 1883 (art. 15). Mais la règle fut assez souvent écartée. V. D. 16 mars 1808 (art. 1.3.4) — S. C. 12 octobre 1807 (art. 2.6) — loi 20 avril 1810 (art. 12) — loi 30 août 1883 (art. 11,12). — Notons enfin qu'inamovibilité ne signifie pas : fonction à vie. La garantie de la fonction disparaît avec l'âge, les infirmités ou à la suite de fautes très graves. V. loi 1883, art. 14 — C. P. art. 12 et suiv. — 166 et suiv.

(2) Garsonnet, *Traité de procédure*, 2^e édit., §§ 116.155.163.166 — O. 28 juillet 1841, art. 1. — D. 17 mai 1889, art. 140. — V. pour les juges d'Algérie : Avis Cass., 8 juin 1885, *Gaz. des Trib.*, 15 et 16 juin 1885. — C. E. 19 juin 1891, P. 92.4.45 et Lebon, p. 456.

Sans nous arrêter à la discipline judiciaire que nous retrouverons plus loin, il reste à examiner la situation du juge au point de vue des autres manifestations du pouvoir hiérarchique, le droit de commandement et de contrôle.

A ce point de vue, la hiérarchie n'existe plus ici ; elle est remplacée par ce que M. Korkounow appelle le système du ressort (1).

Tout d'abord, l'importance considérable que peuvent présenter les litiges et l'autorité qu'il convient de donner à ceux qui les règlent, ont fait le plus souvent ici substituer l'organe collégial à l'organe unique.

De plus, et c'est là suivant M. Korkounow l'idée essentielle du ressort, « la décision est confiée à l'organe mais n'est pas définitive, et sur la demande des personnes et établissements intéressés elle peut être révisée par un autre organe qui, par rapport au premier, occupe dans l'échelle hiérarchique une situation plus élevée (2) ».

Sans doute, la décision administrative n'est pas plus définitive que le jugement d'un tribunal. Il dépendra de celui qui l'a prise ou de son supérieur de la rapporter ou de la modifier. Bien plus, tandis que la sen-

(1) Il ne faut pas, comme on l'a proposé, comparer le ressort aux organes législatifs. La Chambre haute n'est jamais une Chambre d'appel. Il y a au fond un organe unique formé de deux volontés concurrentes. (M. Larnaude à son cours).

(2) Korkounow, *Cours de théorie générale du droit*, liv. III, chap. x, p. 390.

tence acquiert fatalement force de chose jugée, la mesure administrative peut toujours être anéantie à la seule condition qu'elle n'ait pas donné naissance à un droit acquis.

Ce qui reste vrai cependant, c'est qu'il est de la nature même de la décision du juge de n'être pas définitive au moins avant un certain délai, et que celle de l'administrateur se conçoit mieux comme inattaquable. Il est inadmissible que les services publics soient sans cesse mis en suspens et il est préférable que le fait accompli demeure, aussi souvent qu'il sera possible. Et il en sera ainsi toutes les fois que ce fait sera légal ou qu'il aura le caractère des actes inattaquables (1).

Au contraire, en présence d'un jugement, un recours est toujours ouvert aux parties, qu'il soit bien ou mal fondé. L'infirmité est chose prévue et facilitée tant dans l'intérêt de la justice que dans celui des plaideurs car toute sentence fait au moins un mécontent; de là la création d'une procédure spéciale : l'appel.

(1) L'existence des actes de gouvernement inattaquables a été niée avec raison par quelques auteurs. V. par exemple, Brémont, *Revue du droit public*, 1896, I, p. 23. — Mais la controverse est surtout théorique. Ainsi M. Brémont conteste qu'il y ait à côté des actes discrétionnaires, des actes de gouvernement. Mais il admet que ces mesures échapperont néanmoins à tout recours, non pas parce qu'elles constituent des actes de gouvernement, mais par applications des principes généraux ou parce qu'elles sont, en réalité, des actes discrétionnaires.

Sous réserve du droit d'appel, le magistrat décide souverainement et ne dépend que de la loi et de sa conscience. Le Parlement a proclamé à maintes reprises qu'il ne se reconnaissait aucun droit de critique ou de discussion à cet égard.

Ainsi une juridiction, si bas placée soit-elle, n'a pas, au sens administratif du mot, un supérieur compétent pour lui adresser des injonctions ou pour réformer d'office ses actes. Seules les parties en cause, et dans une certaine mesure le ministère public, peuvent valablement saisir un tribunal et peuvent seuls ensuite demander, au tribunal supérieur, la révision ou la cassation de la sentence. Dans les deux cas, le juge doit obligatoirement statuer.

Chaque degré de l'organisme judiciaire se suffit pour ainsi dire à lui-même. Il est possible que les plaideurs s'en tiennent à un premier procès et rien ne fait supposer le contraire. D'autre part, lorsque l'appel a été intenté, toute l'affaire est reprise, l'instruction recommence et il y a une décision nouvelle tirant d'elle-même toute sa force. Peu importe que les motifs précédemment invoqués soient adoptés une seconde fois et que la sentence soit confirmée.

Si le pourvoi hiérarchique offre quelques analogies avec l'appel, nous verrons quelles profondes différences les séparent. Le jugement rendu sur appel implique si peu la subordination qu'il a pu émaner d'un tribunal

de même rang ; il en fut notamment ainsi sous le régime de la loi de 1790 (1).

Dès lors, on saisit pourquoi les juges ne sont pas tenus de rendre compte. A qui s'adresseraient-ils puisqu'ils n'ont pas de supérieurs ? Ainsi le maire soumet au préfet ses décisions, le préfet envoie au ministre l'ampliation de ses actes, et le dernier des juges de paix n'a pas à rendre compte à qui que ce soit de la solution qu'il a cru devoir apporter à un litige. S'il se trouve des particuliers intéressés à la voir reviser, ils ne manqueront pas de se présenter devant le tribunal d'arrondissement.

Enfin, les magistrats sont irresponsables quand bien même un arrêt de cassation ou de réforme démontrerait de leur part une erreur ou une interprétation inexacte des textes (2). On estime que la multiplicité des moyens de défense constitue pour le justiciable une garantie suffisante. Celui-ci, en engageant la procédure d'appel, ne vise nullement le juge, tandis que la plainte hiérarchique pourrait atteindre indirectement l'administrateur en provoquant une peine disciplinaire contre lui.

A plus forte raison doit-on écarter toute idée de

(1) La loi des 16-24 août 1790 (titre V, art. 1) organise l'appel circulaire ; le jugement attaqué est déféré à un des tribunaux voisins.

(2) Nous ne parlons pas, bien entendu, des sanctions appliquées au crime de forfaiture, en cas de prise à partie, etc.

responsabilité de la Cour du fait des tribunaux du ressort. Si, en matière administrative, la responsabilité remonte dans chaque service jusqu'au supérieur, c'est précisément parce que ce dernier a toujours le devoir de surveiller et de contrôler et par suite la faculté d'empêcher ou de réparer le dommage qui a pu naître du fait de ses agents. A défaut de décision formelle, on présume de sa part une approbation tacite dont on peut lui faire grief.

Pourrait-on parexemple assimiler la Cour de cassation à un ministre ? Evidemment non. Le pouvoir judiciaire est en quelque sorte fragmenté. La Cour suprême n'est pas la personnification de la justice tandis que le ministre personnifie son département ; elle tend à assurer l'unité de la justice sans nuire à l'autonomie des juridictions car elle ne statue pas sur le fond du débat.

En une seule hypothèse, la Cour de cassation possède un droit de commandement assez fort pour lier un tribunal. Après deux arrêts de cassation, le juge du renvoi devra se conformer à sa décision sur le point de droit en question. Cette règle exceptionnelle n'infirmes pas le principe de l'indépendance des juridictions (1).

Pour conclure, il faut dire que si l'on veut employer en cette matière l'expression de hiérarchie, il est nécessaire de lui donner une signification assez spéciale

(1) Loi 2 avril 1837.

parce que les magistrats échappent à la plupart des obligations qu'elle comporte (1).

§ 2. — *Les Tribunaux administratifs. Le Ministère public.*

Tout ce qui précède ne concerne que les magistrats : juges de paix, membres des cours et des tribunaux de première instance et conseillers à la Cour de cassation. Faut-il l'étendre aux membres des tribunaux administratifs, conseil de préfecture, Cour des comptes, Conseil d'Etat ?

Le Conseil d'Etat en effet n'est pas, pour le Conseil de préfecture, une autorité mais une Chambre d'appel et de cassation. Il en est de même lorsqu'il prononce sur les arrêts rendus par la Cour des comptes (2), les Conseils de revision (3) ou de l'Instruction publique (4).

(1) Ces règles s'appliqueraient à l'avocat et à l'avoué qui seraient appelés à siéger, au tribunal dans la mesure où elles seraient compatibles avec le caractère de ces juges suppléants.

(2) L. 16 septembre 1807, art. 172.

(3) L. 15 juillet 1887, art. 32.

(4) Les décisions du Conseil supérieur de l'instruction publique sont susceptibles d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat. V. Laferrière, *op. cit.*, II, p. 575 et suiv. — Hauriou, *op. cit.*, p. 364.

Toutes les fois qu'il y a non plus un supérieur et un subordonné, mais deux juridictions superposées, la hiérarchie est remplacée par le ressort. Sans doute, le contentieux administratif est bien resté, sauf dérogation expresse, hors du domaine de la justice civile, mais de plus en plus il tend à prendre les mêmes formes qu'elle. Le mouvement débute avec la Constitution de l'an VIII et la loi du 28 pluviôse de la même année, créant le Conseil d'Etat et le Conseil de préfecture. Il se poursuit avec la loi du 16 septembre 1807 rétablissant la Cour des comptes et celle du 24 mai 1872 qui investit le Conseil d'Etat d'un pouvoir propre (1). Enfin l'abandon de la théorie du ministre juge réalise une dernière étape.

Cependant le mot de Loyseau : « qu'il n'y a que ceux de la justice ordinaire qui soient vrais magistrats », est encore vrai, car les autres, s'ils ne sont pas soumis à des supérieurs hiérarchiques en tant que juges, n'ont pas en réalité une indépendance aussi complète parce qu'ils ne jouissent pas du privilège de l'inamovibilité (2). Aussi pourraient-ils ne pas échapper à l'influence de l'administration active.

Cette critique n'a quelque valeur que pour les conseillers de préfecture. [Chez eux, la confusion des fonctions de juge et d'administrateur est regrettable

(1) « Le Conseil d'Etat statue souverainement », art. 9, loi 24 mai 1872.

(1) Exception faite pour les Conseillers à la Cour des comptes.

et les met absolument entre les mains du préfet (1). Au contraire, les conseillers d'Etat sont en fait nommés à vie et le gouvernement n'exerce ses droits contre eux que dans les cas les plus graves et les mieux justifiés.

Si des juges nous passons au ministère public, le pouvoir hiérarchique reprend toute sa rigueur. Les membres du parquet sont à peu près dans la position de la majorité des fonctionnaires. Il n'y a pour eux aucune atténuation du pouvoir disciplinaire : le garde des Sceaux a le droit de *veniat* et de réprimande et, par l'intermédiaire du Président de la République, le droit de révocation (2). Pour ce qui est de leur service, ils reçoivent des ordres et sont obligés de s'y conformer et de rendre compte (3). Toutefois, suivant le vieil adage : « la plume est servie, la parole est libre », le représentant du ministère public recouvre à l'audience toute sa liberté. De même, en cas de divergence d'opinion entre l'avocat général et le procureur général,

(1) V. Michoud, *Rev. pol. et parlem.*, 1897, t. II, p. 267 et s. (au sujet du projet de réforme présenté par M. Barthou).

(2) Loi du 30 août 1883, art. 17.

(3) « Les commissaires du gouvernement près le tribunal de cassation, surveillent les commissaires près les tribunaux d'appel et les tribunaux criminels. Les Commissaires près les tribunaux d'appel surveillent les commissaires près les tribunaux civils. » Art. 84, S. C. 16 thermidor, X et art. 60, loi 1810. — L'obligation de rendre compte résulte des articles 290 C. I. C. et 80-81 du décret du 30 mars 1808. — V. enfin loi du 20 avril 1810, art. 47 et C. I. C., art. 27.

l'assemblée du parquet décide et c'est aussi un léger échec au principe de la subordination (1).

Par contre, le ministère public ne relève pas du tribunal auprès duquel il siège et pour assurer son indépendance, on a déterminé de façon précise les rapports qu'ils auraient entre eux.

Les magistrats peuvent par exemple, obliger le ministère public à donner son avis. La Cour « peut entendre les dénonciations qui lui seraient faites par un de ses membres... mander le procureur général pour lui enjoindre de poursuivre à raison de ces faits ou pour entendre le compte que le procureur général lui rendra des poursuites qui seraient commencées (2) ».

De même, la loi de 1810 porte que les conseillers seront tenus « d'instruire le grand juge, ministre de la justice, toutes les fois que les officiers du ministère public exerçant leurs fonctions près de ces cours s'écarterent du devoir de leur état et qu'ils en compromettent l'honneur, la délicatesse et la dignité ». Ce texte contient des dispositions analogues pour les tribunaux d'arrondissement.

Réciproquement, les membres du parquet peuvent requérir le président de la Cour ou du tribunal

(1) Décret du 6 juillet 1810, art. 48.

(2) Loi 20 avril 1810, art. 41. Il faut entendre par « poursuites commencées » celles dont la Cour a pris l'initiative. Cass. crim., 12 juillet 1861, D. 61.1.289.

d'avertir les magistrats dont la conduite professionnelle ou privée serait répréhensible (1).

Enfin les juges ont la faculté d'ordonner des poursuites contre les co-auteurs d'un délit ou d'un crime découverts à l'audience.

Le rôle parallèle et combiné des tribunaux et du parquet explique le mélange de ces deux hiérarchies qui d'ailleurs aboutissent au même ministre.

Ainsi le personnel des tribunaux se divise en trois classes correspondant à des garanties inégales. Les magistrats ne sont soumis au pouvoir hiérarchique ni quant à leurs actes, ni quant à leurs personnes. Les juges administratifs ne le sont qu'au point de vue disciplinaire. Enfin les officiers du ministère public, avocats généraux, procureurs et substituts sont assujettis aux règles du droit commun.

(1) Loi du 20 avril 1810, art. 49 et 61. — Cf. C. I. C., art. 279. En dehors de ces règles exceptionnelles, la jurisprudence s'est montrée particulièrement soucieuse de garantir l'indépendance des officiers du ministère public. — Cass. crim., 8 décembre 1826, *D. Rep. Alph. V^o discipline judiciaire*, n^o 213. — Cass. req. 15 décembre 1858, *D. 59.1.16*.

SECTION II

Les autorités décentralisées — La tutelle.

Au cours du xix^e siècle, après la réaction autoritaire qui a suivi le fédéralisme de la Révolution, l'administration centrale a peu à peu abandonné quelques-uns de ses pouvoirs aux autorités locales constituées dans la commune et dans le département (1).

Il est certain qu'elles connaissent mieux les besoins locaux et que la mise en mouvement de toute la hiérarchie complique singulièrement la solution de beaucoup d'affaires susceptibles d'être résolues tout aussi bien sur place.

Mais il ne faut pas croire pour cela, que quand l'Etat a ainsi délégué ses pouvoirs, sa tâche soit terminée. Ce serait oublier que du moment où l'Etat met, dans une certaine mesure, la force publique et les ressources de l'impôt à la disposition de ces auto-

(1) L. L. 21 mars 1831. — 21 juin 1833. — 5 mai 1848. — 18 juin 1837. — 10 mai 1838. — 13 avril 1861. — 24 juillet 1867. — 10 août 1871. — 28 mars 1882. — 5 avril 1884.

rités, il ne peut plus absolument décliner la responsabilité de l'usage qui en sera fait. Celles-ci partagent facilement les passions locales et, faute de lumières ou d'impartialité, pourraient se laisser aller à des abus ou à des actes d'arbitraire qui, pour être limités à une région, n'en seraient pas moins regrettables. Pour ces raisons, ni la commune ni le département ne jouissent d'une véritable autonomie.

Quelles sont d'abord les autorités dont il s'agit ? Ce sont les Conseils généraux et municipaux, la Commission départementale et le Conseil d'arrondissement, bien que ces derniers aient des attributions propres assez réduites. La seule attribution réelle du conseil d'arrondissement est la répartition des impôts directs au troisième degré : toute autre délibération n'a que la valeur d'un vœu ou d'un avis.

Quant au maire, il est à la fois agent de la municipalité et du gouvernement. Comme agent de l'Etat et représentant des intérêts généraux, c'est un fonctionnaire hiérarchisé (1). Ainsi, en tant qu'il veille à la sûreté générale, qu'il publie et fait exécuter les lois

(1) V. Morgand, *La loi municipale*, I. p. 444 et suiv. — C. E., 29 janvier 1886, Lebon 1887, p. 77 : « Considérant que le maire de Wassy n'est pas recevable en la dite qualité de déférer au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir la décision par laquelle le préfet de la Haute-Marne, dans l'exercice du pouvoir hiérarchique que lui confère l'article 92 de la loi de 1884, a annulé l'arrêté pris par le requérant ». C'est aussi en qualité de subordonné que le maire délivre les certificats de bonne vie et mœurs, Conflicts 26 juin 1897.

et règlements, il suit les instructions du préfet « sous l'autorité » duquel il se trouve, et à ce titre il ne nous intéresse pas ici.

Vis-à-vis de ces autorités, la hiérarchie a disparu, mais une tutelle plus ou moins étroite lui a succédé, qui, pour avoir avec elle de nombreux points de ressemblance, en est cependant très différente (1).

Tandis que la hiérarchie se traduit de la manière la plus large à la seule condition de se conformer à la loi, la tutelle est l'exception, ne se présume pas et n'existe qu'en vertu des textes et c'est la conséquence du principe même de décentralisation (2).

Au lieu d'être placés « sous l'autorité » du pouvoir central, les organes décentralisés sont « sous sa surveillance », c'est-à-dire qu'il peut rarement se substituer à eux, parce que le plus souvent ils ont un pouvoir propre. Le contrôle s'exprime donc presque toujours par voie d'annulation, d'approbation et non par voie de réformation ou d'injonction (3) ; il n'appartiendrait à personne de prendre une décision de la compétence d'une assemblée locale ou du maire.

Toutefois, cette indépendance n'est pas respectée,

(1) V. Hauriou, *op. cit.*, p. 244 et suiv.

(2) En ce sens : C. E., 8 avril 1892, S. 94.3.17 et la note. — C. E., 29 janvier 1886, S. 87.3.46. — C. E., 17 janvier 1890, S. 92.3.45.

(3) V. Laferrière, *op. cit.*, I, p. 395, II, p. 487. — Conseil d'Etat, 12 décembre 1890, D. 92.3.79. — Cass. crim., 25 novembre 1859, D. 59.1.514. — V. Simonnet, *Traité de droit administratif*, n° 844.

particulièrement chez les magistrats municipaux.

La loi de 1884 permet au préfet de se substituer au maire pour tous « les actes prescrits par la loi » (art. 85). On a soutenu que cette disposition devait être restreinte aux décisions du maire comme agent de l'Etat, mais ses termes sont inconciliables avec cette interprétation, aussi est-ce là une grave atteinte à l'autonomie, atteinte à peine atténuée par l'obligation d'une mise en demeure préalable (1).

On a jugé, par exemple, que la délivrance d'un alignement était une mesure ordonnée par la loi (2). Seulement la jurisprudence déclare en même temps l'intervention préfectorale abusive si le maire a de sérieuses raisons pour ne pas agir (3). Les articles 98 et 99 permettent également au préfet de prendre une semblable initiative en matière de police municipale et pour certaines permissions de voirie.

En tout cas, une sommation notifiée au maire négligent est toujours nécessaire pour qu'on puisse se prévaloir contre lui de ce droit de substitution et son omission entraînerait nullité (4). De plus, cette substi-

(1) En ce sens ; Morgand, *op. cit.*, I, p. 445. — Laferrière, *op. cit.*, II, p. 486. — Simonnet, *Traité de droit administratif*, 3^e édit., p. 382. — Perreau, *op. et loc. cit.*, § 6. — Contra : Ducroq, *op. cit.*, I, n° 200. — Hauriou, *op. cit.*, p. 499, 3^e édit.

(2) Conseil d'Etat : 2 février 1894, Lebon, p. 86. — Cf. Conseil d'Etat, 20 avril 1883, Lebon, p. 367.

(3) Conseil d'Etat : 7 juin 1889, D. 91.3.5.

(4) Conseil d'Etat : 1^{er} février 1890, D. 91.3.72.

tution ne doit pas être un prétexte à réformation, puisqu'elle suppose précisément l'inertie de l'autorité municipale. Ainsi le préfet, après avoir annulé un arrêté, ne serait pas admis à en prendre lui-même un autre (1).

Sans insister davantage sur cette ingérence des fonctionnaires du gouvernement dans les affaires communales (2), nous avons vu que la tutelle ne comprend qu'un pouvoir de suspension, d'annulation ou d'approbation.

Ainsi en droit commun, les délibérations du Conseil général sont exécutoires si dans les trois mois qui les ont suivies « un décret motivé n'en a pas suspendu l'exécution (3) ». En d'autres circonstances, la décision est annulable sans délai ou dans un délai très court de vingt jours (4). L'intervention du supérieur a lieu d'office, pour simple inopportunité ou seulement pour des motifs déterminés : violation de la loi et excès de pouvoir (5). Enfin elle peut exiger pour être valable des causes déterminées et se produire

(1) Conseil d'Etat : 1^{er} février 1890, D. 91.3.72. — 23 mai 1890, D. 91.3.110. — V. Brémond, *Revue critique*, 1893, p. 635 et suiv.

(2) Cf. loi 1884, art. 95 (droit pour le sous-préfet de veiller aux ensevelissements) — loi 1884, art. 149 et loi 1871, art. 61 (inscriptions d'office au budget).

(3) Loi 10 août 1871, art. 49.

(4) Art. 34 et 47.

(5) Art. 34 et 49.

sous la forme d'un recours administratif devant une juridiction (1).

Parfois la force exécutoire n'est plus conditionnelle, elle dérive d'une approbation expresse (2). Il faut remarquer que cet acte d'autorisation est discrétionnaire mais n'oblige pas l'organe qui l'a obtenu. Ainsi, l'Assemblée départementale, habilitée à émettre un emprunt, peut revenir ensuite sur sa détermination et renoncer à cet emprunt, tandis que le décret d'autorisation une fois publié ne peut pas être rapporté. Au contraire, dans la hiérarchie centralisée, la confirmation lie l'inférieur et ne lie pas le supérieur. Ainsi, la suspension d'un receveur des douanes confirmée par le ministre des finances ne saurait être levée par le directeur qui l'a prononcée (3). Néanmoins, en toute hypothèse, les droits acquis aux tiers ne peuvent être méconnus et dès lors la liberté de l'administration ne sera plus entière. De plus l'homologation ne peut pas être imposée et certains textes sont fort précis à ce sujet : rien n'est capable de contraindre un Conseil municipal à recevoir une donation qu'il s'obstinerait à refuser (4). Elle doit être également pure et

(1) Art. 47. Le recours n'est pas contentieux ; il est porté devant le Conseil d'Etat réuni en assemblée générale.

(2) Art. 41 modifié par la loi du 30 juin 1907.

(3) D. 19 janvier 1885. [En ce cas, la décision est en réalité l'œuvre du ministre, le directeur n'ayant pas pour la prendre un pouvoir propre.

(4) Loi 1884, art. 112, modifié par la loi du 4 février 1901. — V. Cependant *D. rep. alph.*, v^o Commune, n^o 1186 et 1187.

simple, sinon elle reviendrait à modifier la décision. Cependant, le Conseil d'Etat a écarté cette règle en admettant que pour les acceptations de dons et legs l'autorisation pouvait être partielle (1).

La tutelle, suivant les cas, est confiée aux autorités les plus diverses : Préfet, Conseil de Préfecture, Conseil général, Conseil d'Etat, Président de la République ou Parlement. Elle s'exerce d'office, mais souvent tous les particuliers intéressés ont la faculté de la solliciter comme ils ont la faculté de provoquer l'action d'un chef hiérarchique quelconque (2).

Ainsi, l'existence d'attributions propres et par conséquent les limitations apportées au contrôle, laissent aux fonctionnaires élus par les circonscriptions décentralisées une indépendance relative dont ne jouissent jamais les agents qui font partie des cadres administratifs ordinaires. Mais si, dans l'accomplissement de leurs fonctions, ils n'ont pas, à proprement parler de supérieurs, en matière de discipline ils n'ont plus la même immunité et leur subordination est moins atténuée.

Le pouvoir central ne s'en remet pas aux électeurs pour la répression de toutes les fautes ; il dispose de pénalités disciplinaires collectives et individuelles qui sont d'ailleurs limitativement fixées par la loi. Contre

(1) Conseil d'Etat, 24 février 1892. D. 93.3.57.

(2) Loi 1871, art. 88. — Loi 1884, art. 65 et 66.

les maires, c'est la suspension ou la révocation (1) ; contre les assemblées, la suspension ou la dissolution (2) et contre leurs membres, la démission d'office (3), laquelle ne peut être prononcée que pour absence injustifiée ou pour inéligibilité survenue postérieurement à l'élection. Parmi ces mesures, les unes, les plus graves, sont prises par le Chef de l'Etat, les autres par le préfet.

Au-dessous des administrations décentralisées évolue tout le personnel nécessaire à la gestion de leurs intérêts ; quelle est sa situation ?

Dans le département, ces agents sont peu nombreux puisque les seuls services figurant au budget départemental sont ceux de la voirie et de l'assistance publique ; d'autre part, l'organe d'exécution étant ici le préfet, ces agents relèvent en fait de l'Etat. Sans doute, le Conseil général détermine les conditions d'admission aux emplois et liquide les pensions ; mais, vis-à-vis du personnel de la voirie, le préfet possède le droit de nomination, de destitution, de mise à la retraite sur la proposition de l'agent voyer en chef ; vis-à-vis du personnel de l'assistance, ce droit appartient au mi-

(1) Loi 5 avril 1884, art. 86. La loi du 8 juillet 1908 a apporté quelques restrictions aux pouvoirs de l'administration centrale en cette matière.

(2) Loi 10 août 1871, art. 35. — Loi 1884, art. 43.

(3) Loi 1871, art. 18, 19 et 74. — Loi 1884, art. 60. — Contre les Conseillers généraux la démission d'office est prononcée par le Conseil général lui-même.

nistre ou au préfet. Les commissions administratives attachées à certains établissements sont entièrement constituées par le préfet.

Dans la commune il n'en est pas de même. L'autorité chargée d'exécuter les décisions de l'Assemblée élective ne dépend pas du gouvernement, du moins en cette qualité. Aussi ce dernier ne peut-il s'immiscer dans toutes les questions touchant à l'organisation et au recrutement des services. Le maire, conformément à l'article 88, « nomme à tous les emplois communaux pour lesquels les lois, décrets et ordonnances actuellement en vigueur ne fixent pas un droit spécial de nomination. Il suspend et révoque les titulaires de ces emplois ». Cette disposition exclue, selon nous, le pouvoir d'annulation général mais non illimité du préfet, contenu dans l'article 95. En effet, la tutelle est de droit étroit ; de plus, le législateur, en réservant à l'autorité supérieure certaines peines disciplinaires, confirme implicitement cette assertion. N'a-t-il pas voulu par là interdire au maire de les prononcer lui-même ? Et cette réserve ne serait-elle pas inutile si tous les actes du maire étaient annulables (1) ?

Ainsi, sans parler des commissaires de police qui échappent à l'action de la municipalité, tous les agents inférieurs de la police et les gardes champêtres ne peuvent être révoqués que par le préfet. Le maire

(1) En ce sens : Hauriou, *op. cit.*, p. 244. — Cf. Ducroq, *La loi municipale*, p. 11. — Conseil d'Etat, 8 avril 1892. S. 94.3.17.

qui les nomme ne peut que les suspendre mais il le fait souverainement (1). La jurisprudence a même été plus loin en lui reconnaissant un pouvoir disciplinaire absolu jusqu'à la destitution exclusivement (2). Dans les grandes villes, les préposés d'octroi et les receveurs municipaux sont désignés par les représentants de l'autorité centrale sur une liste établie par le maire ou le Conseil municipal et à cela se borne le rôle de ces derniers (3).

Ces restrictions une fois faites, les fonctionnaires investis de la tutelle n'exercent aucun contrôle sur les punitions disciplinaires infligées par le maire. Admettre le contraire serait admettre fort souvent en leur faveur un droit de réformation car le résultat d'une annulation est de faire immédiatement rentrer en fonction l'agent frappé ; or, le droit de réformation ne peut résulter que d'un texte formel (4).

Cette solution, très avantageuse pour l'autonomie communale, ne protège guère les employés municipaux dont la position risque d'être assez précaire par suite de l'acuité des passions politiques qui divisent les localités. Mais il n'est pas impossible d'y remédier par voie législative ou réglementaire.

(1) Conseil d'Etat ; 3 juin 1892, *Lebon*, p. 514. — 8 avril 1892, *Lebon*, p. 354. — 17 novembre 1893, *Lebon*, p. 789.

(2) Conseil d'Etat : 13 juillet 1883, *Lebon*, p. 642.

(3) Loi 28 avril 1816, art. 155 et 156. — D. 13 avril 1861, art. 6.

(4) En ce sens : *Perreau, op. et loc. cit.*, 2^e article, § 6. — Cf. *Simonnet, Traité*, n° 841. — *Laferrière*, I, p. 395, II, p. 485.

En résumé, au point de vue des attributions et parfois au point de vue de la discipline, la règle, pour les établissements publics qui nous occupent, est l'indépendance (1). La pratique administrative en facilite même libéralement l'extension, préférant abandonner l'initiative aux individus qui peuvent tenter le recours pour excès de pouvoir contre tous les actes abusifs (2). A cette indépendance il faut nécessairement une sanction.

Dans le domaine de la hiérarchie, la décision du supérieur, relative au service, ne vise que la fonction et non la personne. Le subordonné n'a pas à se plaindre si ses actes ont été annulés ou réformés, même irrégulièrement, ou si une attribution qu'il croit devoir

(1) On s'accorde même à reconnaître à certaines délibérations du Conseil général une efficacité souveraine : telles sont celles qui concernent les centimes additionnels ordinaires et extraordinaires dans la limite autorisée, les centimes communaux extraordinaires, les emprunts et la répartition des impôts. Ces délibérations seraient inattaquables. Hauriou, *op. cit.*, p. 462. — Simonnet, *op. cit.*, n° 767 à 774. — Ducrocq, *Cours*, 7^e édit., I, p. 210. — Cependant ces délibérations ne paraissent pas résulter d'une délégation législative comme on le prétend ; elles ressemblent plutôt aux actes réglementaires en vue d'assurer l'exécution des lois. En ce sens : Berthélemy, *op. cit.*, p. 147, note 1 et p. 152, note 2. — Laferrière, *op. cit.*, II, p. 270. — G. Jèze, *Rev. gén. d'adm.*, 1897, I, p. 129, 257, 397, II, p. 146 ; III, p. 25. — V. décrets en Conseil d'Etat du 17 décembre 1892, dans la *Rev. gén. d'adm.*, 1893, I, p. 46 et des 4 et 12 janvier 1897, *Rev. gén. d'adm.*, 1897, I, p. 419.

(2) V. Hauriou, notes sous les arrêts du Conseil d'Etat : 10 mars 1893, S. 93.3.129 et 29 juin 1900, S. 1900, 3.65.

lui revenir a été conférée à un autre fonctionnaire (1). Il n'a pas en effet un intérêt personnel et, de plus, ce serait en contradiction avec les règles les plus élémentaires de la hiérarchie. Il faudrait pour justifier sa réclamation qu'il y ait eu à son endroit violation des règles d'avancement, d'immovibilité : il défendrait alors ses droits.

Ainsi le maire n'est jamais admis à déférer au Conseil d'Etat, pour excès de pouvoir, l'annulation d'une mesure de sûreté générale parce qu'il l'a prise à titre de subordonné du préfet (2). Seulement si celui-ci venait à le révoquer, se mettant par là au lieu et place du Président de la République, il pourrait se prévaloir de la loi qui a été méconnue à son détriment et se pourvoir devant la juridiction administrative.

Au contraire, le maire, comme chef de la commune, pourra user de ce recours toutes les fois qu'il revendique une attribution qui lui est propre et que son supérieur a commis un empiètement illégal quelconque. « La subordination hiérarchique ne serait plus en cause en pareil cas puisque le préfet aurait par hypothèse agi en dehors de ses pouvoirs et exercé une attribution qui lui serait étrangère (3). »

(1) Conseil d'Etat : 6 janvier 1865 (préfecture de la Seine). — 29 décembre 1876, Lebon, p. 943.

(2) Conseil d'Etat : 29 janvier 1886, Lebon, 1887, p. 77.

(3) Laferrière, *op. cit.*, II, 2^e édit., p. 447. — En ce sens : Conseil d'Etat, 8 avril 1892 (maire de Rennes). — 17 novembre 1893 (maire de Lavardin). — 8 décembre 1893 (maire de Gesté).

Il faut en dire autant lorsque ce n'est plus le maire mais le Conseil municipal qui se trouve atteint dans ses prérogatives ; bien plus, l'article 67 de la loi de 1884 permet à tout intéressé de demander au Conseil d'Etat l'annulation de l'arrêté préfectoral (1). Quant au Conseil général, à défaut d'un texte, la question est peut-être plus délicate. Cependant on ne doit pas lui refuser tout au moins le droit d'attaquer une annulation irrégulière en la forme (2).

Nous avons ainsi résumé les différences qui séparent les fonctions hiérarchisées et les fonctions décentralisées. Pour ces dernières, les lois d'organisation ont adopté un système de transaction entre l'autonomie et la rigoureuse centralisation de l'époque impériale. Il semble mieux convenir à nos traditions et s'il est permis de penser qu'il y aurait encore des progrès à faire, il faut bien reconnaître que l'autonomie absolue, telle qu'elle est pratiquée dans les pays anglo-saxons, n'est pas toujours sans danger.

Dans la république des Etats-Unis, les autorités locales sont organisées suivant ce principe. Il est difficile de s'en faire une idée exacte, étant donnée la multiplicité des types de gouvernement (3). Toutefois

(1) Conseil d'Etat : 3 juin 1892 (commune de Mustapha). — 8 août 1872 (Lazet).

(2) V. Laferrière, *op. cit.*, I, 1^{re} édit., p. 444 et 445.

(3) M. Bryce divise les Etats en trois groupes. Dans les deux premiers, celui de la Nouvelle-Angleterre et celui du centre et de

on rencontre presque partout des fonctionnaires municipaux et provinciaux élus au suffrage universel et ne rentrant dans aucune hiérarchie. « La plupart des fonctionnaires exécutifs sont indépendants l'un de l'autre ; ils n'ont pas de chef commun ; ils ne dépendent que de la législature de la Cité pour les dépenses de leur département (1). »

Ce système devient la source d'un désordre qu'on a peine à imaginer (2). De plus, il est loin d'offrir aux particuliers toutes les garanties désirables contre les excès ou l'inertie de l'administration. La compétence générale des tribunaux ordinaires constitue bien un correctif : les décisions ou les abstentions illégales feront l'objet d'une action judiciaire. Mais en dehors de cela, le citoyen lésé dans ses intérêts est désarmé.

L'ouest, les unités administratives sont le Comté, la Cité et la « Ville » c'est-à-dire la commune rurale. Ces deux groupes ne se distinguent que par la plus ou moins grande importance des « Villes » dans l'organisation locale. Quand celles-ci sont parvenues à un développement suffisant, elles sont érigées en Cités et reçoivent de l'Etat une charte spéciale. Dans le troisième groupe comprenant les Etats du sud, pays de grande propriété et à population moins dense, la seule unité est le Comté. La paroisse qui avait autrefois un rôle prépondérant n'est plus qu'une circonscription religieuse. — V. Bryce, *La République américaine*, 1901, t. II, chap. XLVIII à LII.—Cf. Nerinx, « Le recrutement de la magistrature aux Etats-Unis ». *Revue de droit international*, 1898, p. 220.

(1) Bryce, *op. cit.*, II, p. 294.

(2) M. Bryce nous dit qu'à Philadelphie, trois autorités sont chargées de défoncer les rues, alors qu'aucune n'est spécialement chargée de les remettre en état.

S'il ne peut invoquer qu'une inopportunité, il n'a pas même la ressource d'un recours hiérarchique. Jamais il ne peut espérer l'intervention d'un supérieur mieux averti et plus éclairé.

La surveillance exercée par le corps électoral est illusoire, car « quand on multiplie les postes électifs importants, on n'augmente pas le contrôle populaire mais au contraire on le diminue (1) ». Enfin l'influence de la politique se fait sentir d'une manière déplorable. Les électeurs font beaucoup plus de cas des opinions du candidat que de ses capacités et si l'expérience et l'habitude des affaires lui manquent, il est peu probable qu'il ait l'occasion de les acquérir dans la suite. Elu pour trois ou quatre ans, un déplacement de majorité suffira pour le déposséder de son emploi à l'expiration de son mandat. L'instabilité des fonctionnaires est chose normale aux Etats-Unis et le premier soin des partis arrivés au pouvoir est de disposer des charges publiques pour récompenser des services ou obtenir des adhésions politiques. Si bien que ces charges ne sont plus considérées que comme un pis-aller, une situation d'attente pour les déclassés incapables d'employer ailleurs leur activité, et cela écarte tous les bons citoyens qui seraient tentés de les briguer.

Cet esprit de parti est moins actif dans les com-

(1) Bryce, *op. cit.*, p. 323 en note.

munes rurales (villes) parce que les fonctions sont souvent gratuites et que les habitants sont mieux à même de juger ceux qui leur demandent leurs suffrages. Dans les Comtés et particulièrement dans les Cités, les mœurs publiques seraient au-dessous de toute critique. « Les défauts des gouvernements des Etats sont insignifiants quand on les compare à la corruption, à l'extravagance, à la mauvaise gestion que l'on peut reprocher aux administrations de la plupart des grandes Cités (1). » « Plus de la moitié des dettes actuelles des Cités proviennent du gouvernement corrompu et intentionnellement mauvais que nous avons décrit (2). »

On comprend alors pourquoi « sinon l'Europe du moins l'Amérique commence à nous envier notre administration (3) » dans laquelle l'élection n'a été introduite qu'avec une sage prudence et sans jamais annihiler complètement la puissance de l'Etat.

Telles sont les deux exceptions que comporte le principe de la hiérarchie ; on lui a substitué, pour les juges, le système du ressort et pour les autorités décentralisées, la tutelle. C'est en dehors de ces exceptions que nous trouvons une hiérarchie véritable produisant tous ses effets : il nous reste maintenant à les examiner en détail.

(1) Bryce, *op. cit.*, p. 313.

(2) Bryce, *op. cit.*, p. 316.

(3) Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 18 en note.

CHAPITRE IV

LE DROIT DE COMMANDEMENT

SECTION I

Le droit de Commandement.

Les fonctionnaires investis du pouvoir hiérarchique sont peu nombreux et nous les connaissons. Eux seuls sont des supérieurs. Ils détiennent le droit de commandement, les pénalités disciplinaires et sont compétents pour statuer sur le recours hiérarchique. Ces prérogatives, que personne ne conteste, se fondent sur la responsabilité, sur le rapport de fonction publique et sur la loi.

Par droit de commandement il faut entendre tous les moyens mis à la disposition du supérieur pour diriger et assurer l'activité de ceux qui relèvent de lui.

Il comprend donc une œuvre de direction et de contrôle (1).

A. — La direction.

La direction se traduit par ce que les auteurs appellent la « procuration d'action » (2) qui consiste à imprimer aux services publics l'impulsion nécessaire. Elle prend la forme de notes de service, circulaires ou instructions. Sous des dénominations différentes, ce sont des communications imprimées ou manuscrites émanant du chef administratif. Elles ont un caractère plus ou moins général selon leur objet et leur destination ; elles peuvent en effet viser un cas spécial ou au contraire les affaires courantes ; elles peuvent s'adresser à un agent ou à tout un personnel. L'autorité est libre d'en user toutes les fois qu'elle le juge à propos, en vue de transmettre un ordre, une défense, un texte nouveau, l'interprétation d'une question litigieuse ou encore en vue d'obtenir des renseignements ou de prescrire des mesures préparatoires.

Cette correspondance officielle est d'ordre purement intérieur et n'oblige que les fonctionnaires. Les

(1) « J'appelle faculté de statuer le droit d'ordonner par soi-même ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre. J'appelle faculté d'empêcher le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre ». Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XI, chap. vi.

(2) Macarel, *Les tribunaux administratifs*, p. 15. — Hauriou, *op. cit.*, p. 412 et suiv.

administrés ne sont pas qualifiés pour s'en prévaloir alors même qu'ils en auraient eu connaissance et qu'elle constituerait pour eux une menace. Ils pourraient seulement attaquer l'acte accompli à la suite des instructions hiérarchiques (1).

C'est par un semblable procédé que chaque ministre dans son département remplit la plus essentielle de ses attributions : l'application des lois. Celles-ci ne sauraient tout prévoir, aussi fait-on paraître des commentaires explicatifs que l'on désigne habituellement sous le nom d'« instructions ministérielles ». Elles ont pour but d'éclairer les agents d'exécution sur l'esprit de la loi et sur les solutions des principales difficultés susceptibles de se présenter. C'est la manière la plus sûre de donner au vote des Chambres une efficacité rationnelle et uniforme. Ces documents ont quelques analogies avec les règlements que fait le chef de l'Etat lorsqu'il y est invité par le Parlement. Dans les deux cas il s'agit de compléter la loi par un acte administratif, car nous ne pensons pas que la promulgation d'un décret d'administration publique dérive d'une délégation législative. Mais là s'arrête la similitude (2).

(1) Conseil d'Etat, 25 juillet 1890 (Philippeville) — 9 juin 1893 (Delhomme) — 12 février 1904, Lebon, p. 120 — 9 mars 1906, Lebon, p. 217.

(2) Suivant une doctrine, longtemps soutenue par la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, ces décrets formeraient une législation secondaire et souveraine. Cette théorie est

L'instruction, quant à la forme, ne porte pas la signature du Président et n'est jamais soumise au Conseil d'Etat. Quant au fond, elle a des effets considérablement moins étendus puisqu'elle concerne les fonctionnaires et jamais les particuliers. Dès lors elle n'oblige pas ces derniers pas plus qu'elle ne lie les tribunaux auxquels elle reste ou doit rester inconnue. Elle n'entraîne aucune autre sanction que les sanctions disciplinaires pour les agents qui ne l'auraient pas observée. Enfin il faut remarquer qu'un ordre particulier l'emporte toujours sur ces instructions très générales et destinées à tout un service.

C'est encore pour prouver l'action administrative que les supérieurs désignent leurs collaborateurs, et ce droit de nomination est très important car le plus souvent il a pour corollaire le pouvoir disciplinaire. Le soin de pourvoir au recrutement du personnel des administrations revient au Chef de l'Etat en vertu de l'article 3 de la Constitution, mais la portée de cet article est sensiblement diminuée par le législateur qui

peu juridique, parce que le droit de légiférer ne peut être délégué, et en même temps peu logique, parce que les tribunaux peuvent écarter l'application de ces décrets s'ils sont illégaux. — Hauriou, *op. cit.*, 3^e édit., p. 49. — Berthélemy, *op. cit.*, p. 90. — Esmein, « De la délégation du pouvoir législatif », *Revue parlementaire*, 1^{er} août 1894. — Récemment le Conseil d'Etat a admis le recours pour excès de pouvoir contre les règlements d'Administration publique, *Gaz. des tribunaux*, 24, et 25 décembre 1907. — Raiga, *Revue départementale*, 15 janvier 1908.

peut imposer aux candidats aux charges publiques certaines conditions (âge, concours, nationalité) ou rendre électives des fonctions qui ne l'étaient pas et surtout attribuer à d'autres autorités telles que les ministres, les préfets et les chefs de service, la désignation des agents.

Nous avons vu qu'il n'y avait pas, sauf exception, une délégation en faveur de ces autorités mais création d'un droit propre. La collation des fonctions est ainsi faite dans une hiérarchie par des supérieurs différents. Par exemple, le directeur général, les administrateurs de contributions indirectes sont nommés par décret; les directeurs, inspecteurs et receveurs par arrêté ministériel, et les commis, les préposés par décision du directeur (1).

B. — Le contrôle.

Malgré la précision des ordres et la conscience de ceux qui ont le devoir de les observer, malgré les précautions apportées au choix des organes, un mécanisme aussi complexe que l'administration d'un Etat moderne ne peut se passer d'un contrôle incessant. Une fois mis en mouvement, il a besoin d'être réglé. De plus, il n'est pas inutile de préserver les citoyens

(1) Ord. 17 septembre 1844. — D. 19 janvier 1885. — Cf. D. D. 22 décembre 1881 et 8 février 1882.

contre des abus ou un excès de zèle toujours possibles. C'est pourquoi les chefs étendent leur surveillance à tous les agissements de leurs subordonnés et possèdent des moyens d'investigation très variés.

Souvent la vérification est facilitée par l'obligation pour l'inférieur de rendre compte, ce qui équivaut à soumettre ses actes à une confirmation tacite. Le sous-préfet informe le préfet de ses décisions et le préfet défère les siennes au ministre (1). Les textes qui établissent la hiérarchie du ministère public prévoient l'état mensuel que les procureurs du ressort doivent envoyer au procureur général et celui que ce dernier doit envoyer au Garde des sceaux tous les six mois (2). De même, tous les comptables de deniers publics sont astreints à cette obligation (3).

A défaut de loi, les agents sont tenus de rendre compte, soit par suite de pratiques administratives, soit sur réquisition de leurs directeurs qui peuvent toujours les contraindre à fournir des explications. Le décret de 1852 est très explicite. Les préfets envoient ampliation de leurs actes « dans les formes et pour les objets déterminés par les instructions que les ministres leur adresseront ». D'ailleurs il n'y a pas à distinguer suivant que le fonctionnaire a ou n'a pas un pouvoir propre, car, même dans l'exercice d'un pouvoir

(1) D. D. 13 avril 1861, art. 7 — 25 mars 1852, art 6.

(2) D. 30 mars 1808, art. 80 et 81. — Cf. art. 290, C. I. C.

(3) D. 13 mai 1862.

propre, il n'est pas garanti contre l'annulation. C'est ainsi que le maire n'est pas exempté de cette formalité (loi 1884, art. 92).

Un autre aspect de contrôle est l'approbation expresse que doivent obtenir certaines mesures prises par le subordonné. Cette approbation est imposée surtout en matière de tutelle mais on la rencontre cependant dans l'administration centralisée et alors il y a plus qu'une homologation. La décision est l'œuvre du supérieur, l'inférieur n'ayant en réalité qu'un droit de proposition et ne statuant que provisoirement (1).

Enfin dans tous les services figurent, sous le nom de contrôleurs ou d'inspecteurs, des agents dont la mission consiste précisément à relever, puis à signaler toutes les erreurs et toutes les irrégularités.

Renseigné par les rapports de toute nature qui lui parviennent, l'autorité n'a plus qu'à utiliser ces éléments. Les actes qui lui paraissent conformes à la loi et aussi à l'intérêt bien entendu du public et de l'administration seront maintenus ou approuvés. Ceux qui lui paraissent entachés d'illégalité ou d'inopportunité seront suspendus, corrigés ou anéantis purement et simplement.

En théorie, le chef hiérarchique en décidera avec la plus entière latitude, sans être obligé de donner au-

(1) V. notamment le décret du 19 janvier 1885.

cun motif parce qu'il y a là pour lui l'usage d'un droit strict. En fait cependant, son action est restreinte à différents points de vue et elle peut postérieurement être condamnée par une autorité plus élevée ou par une juridiction.

Tout d'abord la surveillance ne s'exerce directement qu'à l'égard des subordonnés immédiats ; seulement par leur intermédiaire, le supérieur a le moyen d'atteindre tous les degrés de la hiérarchie.

De plus, la réformation étant un procédé particulièrement énergique, puisqu'elle comporte une substitution partielle, n'est pas toujours autorisée. Elle est écartée pour les attributions propres et c'est justement ce qui les caractérise. Le ministre n'a pas le pouvoir de rien changer à un arrêté préfectoral réglementaire (1).

Et lorsque ce pouvoir existe, il n'entraîne pas avec lui une faculté de substitution totale ; nul ne peut prendre la place de son intérieur en agissant *de plano*. Sinon, il dépendrait d'un fonctionnaire de bouleverser l'ordre des compétences qui est de droit public. Les circonstances qui permettent d'y déroger sont indiquées avec soin par le législateur et sont exceptionnelles même dans la hiérarchie centralisée. Un agent est tenu de déférer à l'injonction qui lui prescrit un acte déterminé, mais cet acte ne peut être accom-

(1) Serrigny, *Questions et traité de droit administratif*, III, p. 266.

pli par celui qui le lui a commandé. Ainsi le Garde des sceaux n'engage pas les poursuites mais il ordonne de poursuivre à un membre du parquet et le révoque s'il n'obéit pas, ce qui conduit au même résultat (1).

En principe, il n'y a pas à distinguer suivant que l'autorité a pris l'initiative du contrôle ou qu'elle a été sollicitée par les administrés. Il en est parfois autrement. Aux termes du décret de 1852, le ministre annule ou réforme les décisions préfectorales si elles sont contraires aux lois ou aux règlements ou si elles ont donné lieu à des réclamations. Par conséquent, le vice d'inopportunité ne suffit pas pour motiver une intervention d'office, il faut une violation de la loi. Quelques autres voudraient généraliser cette règle (2).

Cependant, elle ne concerne que certains fonctionnaires munis de pouvoirs propres et il semble qu'on ait cherché par là à sauvegarder leur indépendance. En dehors de cette hypothèse, la subordination ne doit-elle pas conserver toute sa rigueur ? Le pouvoir hiérarchique est essentiel à notre organisation, à moins de textes contraires il doit être présumé intégral (3).

(1) Perreau, *op. et loc. cit.*, § 6. — Cf. Conseil d'Etat, 16 mai 1884, Lebon, p. 883. — Cass. crim., 23 janvier 1892, D. 92.1.447.

(2) D. 25 mars 1852, art. 6. Cet article est reproduit par l'article 7 du décret du 13 avril 1861 réglant les rapports du préfet et du sous-préfet.

(3) En ce sens : Hauriou, *op. cit.*, p. 241. — Conseil d'Etat,

Mais dans la pratique, la règle que nous critiquons sera souvent respectée car les intéressés sont mieux que personne à même d'apprécier les mesures qui les touchent et leurs plaintes seront certainement le meilleur critérium de leur inopportunité.

Enfin, la liberté de l'administration n'est jamais entravée par ceux de ses actes qui sont dépourvus de toute valeur juridique. Par contre, une décision administrative qui a déjà produit tout ou partie de son effet et qui a donné naissance à des rapports de propriété, de contrat, ne peut plus être rapportée ni modifiée qu'à la condition, peu probable, de laisser intacts ces droits acquis aux tiers.

Ainsi limitée, l'action hiérarchique peut être complètement annihilée soit par un supérieur plus élevé, soit par le tribunal juge de l'excès de pouvoir.

Sans doute, le contrôle, même illégal, comme nous l'avons constaté, ne vise que la fonction, ne lèse donc pas son titulaire et ne lui donne aucun droit, pas même celui de former un recours gracieux qui serait de sa part un refus d'obéissance. Au contraire, les particuliers qui estiment que l'acte de contrôle a froissé leurs intérêts ou méconnu leurs droits porteront d'abord leur requête devant l'autorité qui a agi. Ils ne font pas véritablement opposition parce qu'il n'y a pas eu jugement, et ce n'est pas une simple question de mots

car, lorsque l'autorité confirme sa première décision, il n'y a pas un nouvel acte susceptible de proroger les délais de l'appel contentieux(1). Si cette première démarche n'a pas abouti, l'affaire est portée successivement devant les autorités supérieures qui donneront peut-être satisfaction à la partie plaignante en rétablissant les choses en l'état où elles se trouvaient antérieurement.

Si toutes ces tentatives sont demeurées infructueuses et si d'autre part on est dans les conditions requises, il reste comme dernière ressource la procédure de l'excès de pouvoir, puisqu'en principe aucun acte administratif n'est affranchi de cette vérification de légalité(2). On invoquera l'incompétence, le vice de formes, le détournement de pouvoir ou la violation de la loi ou des droits acquis (3).

D'ailleurs, les intéressés sont toujours recevables à se pourvoir devant le Conseil d'Etat, *omisso medio*, sans avoir au préalable saisi de leurs griefs le supérieur hiérarchique. En effet, la mesure incriminée

(1) Conseil d'Etat, 28 février 1880, Lebon, p. 186.

(2) Sont seuls inattaquables les actes discrétionnaires au sens strict du mot et certains actes qualifiés à tort d'actes de gouvernement.

(3) Ce serait, dit-on, un recours contentieux ordinaire. En ce sens : Le Vavasseur de Précourt dans *Dalloz*, 1891.3.105. Cependant l'acte du supérieur étant de puissance publique, nous ne pensons pas que le Conseil d'Etat puisse faire autre chose que l'annuler. V. Perreau, *op. et loc. cit.*, § 7.

émane nécessairement d'une autorité, c'est donc une décision administrative et une matière contentieuse (4).

Ainsi, dans l'exercice du commandement, le supérieur a des pouvoirs plus ou moins larges. Quand il dirige, il se confine généralement dans l'intérieur de son service, il est en présence de ses inférieurs et sans contact direct avec les particuliers. Ce n'est pas à dire que ces derniers ne soient jamais en cause mais quoi qu'il arrive par la suite, l'acte de commandement qui a consisté à donner un ordre suivi d'exécution ne conserve pas moins toute son efficacité.

Quand il contrôle, son action est susceptible de porter un préjudice direct à des citoyens et tombe sous le coup des sanctions prononcées par un supérieur plus élevé ou par la juridiction administrative. Ici, c'est l'acte de commandement lui-même qui fera l'objet du débat. La hiérarchie ne se manifeste pas d'une façon arbitraire même dans les relations de service qu'ont entre eux les fonctionnaires, car la loi est faite pour tous.

Enfin, lorsque le supérieur surveille la gestion de ses agents et corrige leurs erreurs, il le fait en qualité d'administrateur et cette affirmation n'est point inutile. Nous verrons que cette qualité lui est contestée quand il statue sur recours hiérarchique ; il devien-

(4) Voir plus loin la combinaison du recours hiérarchique avec le recours contentieux.

drait alors un juge. Or, pourquoi le traiter différemment pour la seule raison qu'il n'agit plus d'office ? Il n'y a pas en ce sens des arguments irréfutables.

SECTION II

La contre-partie du droit de commandement.

Le droit de commandement subit des restrictions surtout dans l'intérêt des administrés et non dans celui des agents qui, le plus souvent, n'ont qu'à se soumettre. Aussi leur est-il accordé une compensation fort juste. Leur responsabilité cesse ou du moins n'est plus entière toutes les fois qu'ils se sont bornés à exécuter un ordre. Telle est la règle ; mais il faut se garder de lui donner une extension dangereuse et en déterminer avec soin la signification.

Décider que l'inférieur n'est jamais coupable (1), c'est l'inciter à une obéissance passive qui se prête à tous les coups de force et à tous les abus. Si inversement il n'est jamais absous, s'il supporte tout le poids de ses actes, n'est-ce pas le rendre juge de la conduite

(1) Code pénal de Bavière, art. 122, de Hanovre, art. 85. — Code militaire allemand : « Le chef commandant est seul responsable » art. 47.

de ses chefs, détruire la hiérarchie et introduire dans l'organisation administrative un germe de désordre permanent? D'ailleurs, un agent est-il vraiment capable de discerner la régularité d'une injonction quelconque? Il paraît, au contraire, mal placé pour cela et tout naturellement enclin à présumer cette régularité, surtout quand la faute à commettre n'est pas un délit de droit commun mais un abus de pouvoir, une fausse interprétation du devoir professionnel.

Exiger que le supérieur réitère ses ordres ne supprime pas la difficulté, car une confirmation ne rend pas légal ce qui ne l'était pas et a le grave inconvénient de provoquer un arrêt du service (1).

Comment notre législation a-t-elle résolu ce dilemme.

« Il n'y a ni crime ni délit, dit l'article 327 du Code pénal, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime. » Conformément à la tradition, il n'est fait allusion qu'à l'homicide, aux coups et aux blessures. Le meurtre est en effet la seule hypothèse qui avait préoccupé les anciens criminalistes, imbus des préceptes du droit romain et du droit canonique : *Cum homo juste occidetur lex eum occidit non tu* (2).

(1) C'est la solution préconisée par quelques auteurs allemands ; Rönne, *Preussische Staatsrecht*, § 258, III, p. 475. — Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, § 36, p. 118. — Contra : O. Mayer, *op. cit.*, IV, p. 68 et s.

(2) *Corpus juris canonici* : Decreta, 2^a pars, causa 23, quæstio 5,

C'était « l'homicide licite », dispensé des lettres de rémission ou de pardon. Le Code de 1791 ne parle également que de l'homicide, et ses dispositions furent reprises par le Code de 1810 ; on se contenta d'y ajouter les coups et blessures.

Aussi doit-on généraliser ce texte et l'étendre aux arrestations opérées en vertu d'un mandat du juge d'instruction ou d'un officier du ministère public, aux perquisitions domiciliaires, aux exécutions judiciaires, etc. (1). Dans tous ces cas, suivant les termes employés par le législateur, il y a une cause de justification. C'est non seulement la peine qui est écartée mais encore la culpabilité qui disparaît et il n'est pas nécessaire de provoquer des poursuites pour mettre le prévenu hors de cause (2).

Mais il faut pour cela : l'ordre de la loi, c'est-à-dire un fait expressément imposé ou permis par la loi et le commandement de l'autorité légitime, c'est-à-dire de l'autorité compétente. La réunion de ces deux conditions est indispensable. En 1810, le Conseil d'Etat refusa de remplacer dans la rédaction le mot « et » par le mot « ou », comme le proposait la commission

caput 41, § 1. — La légitime défense n'était pas une cause de non imputabilité.

(1) V. Ortolan, *Eléments de droit pénal*, I, p. 194 et suiv. — Garraud, *Traité de droit pénal*, I, n° 310 et suiv. — Cf. Code pénal belge, art. 70 : « Il n'y a pas d'infraction lorsque « le fait » était ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime. »

(2) Cass. crim., 13 avril 1849, D. 49.5.203.

législative et ce refus vient probablement de ce que les mesures de nature à occasionner de pareils délits sont uniquement l'œuvre d'agents subalternes qui en ont rarement l'initiative.

Malgré les apparences, la justification de l'article 327 ne s'explique pas par la subordination hiérarchique ; elle provient beaucoup plus de la légalité de l'acte accompli (1). En effet, l'ordre n'est très souvent qu'un élément de légalité et la seconde condition rentre ainsi dans la première. De plus, celui qui a donné l'ordre licite n'en a pas reçu lui-même, il est cependant à l'abri de tout reproche. En dehors de l'hypothèse de l'article 327, un fonctionnaire peut être appelé à procurer l'exécution des lois de son propre mouvement ; dira-t-on qu'il est responsable ? Nous en concluons que ce texte n'est que la consécration de ce principe fondamental : un acte conforme à une loi, même inique, est justifié en soi et justifie toutes les infractions accessoires.

Il ne saurait être question de pénalités ; il entre dans toute peine une idée de justice et une idée d'intérêt social. Or, cet intérêt veut que les organes du Pouvoir exécutif soient couverts par la loi qu'ils appliquent. Quant aux réparations pécuniaires, elles sont toujours facultatives et si le Parlement consent à en accorder aux citoyens atteints par ses décisions, c'est l'Etat seul qui en assume la charge.

(1) V. Garçon, Code pénal annoté, art. 327.

Ce n'est donc pas là que nous chercherons la contrepartie du droit de commandement : celle-ci n'apparaît réellement que lorsque le subordonné a violé la loi en obéissant à un ordre. Ainsi le Code pénal punit de la dégradation civique l'auteur d'un attentat à la liberté individuelle : « Si néanmoins il justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur devait obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, laquelle sera, dans ce cas, appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre (1). » La même immunité est conférée aux agents passibles de la réclusion, pour avoir abusé de leur autorité contre « la chose publique (2) ».

La responsabilité du chef a été substituée à celle de l'inférieur, afin d'enlever à ce dernier tout prétexte à hésitation devant les ordres qui lui sont transmis. Il n'est donc pas besoin qu'il ait ignoré leur caractère délictuel, car c'est la soumission qu'on lui réclame qui est sa véritable excuse, ce n'est pas son erreur (3). Il suffit, dès lors, qu'il se trouve dans les conditions requises par le Code.

En premier lieu, il faut un ordre ; mais nous ne

(1) Article 114 du Code pénal.

(2) Articles 188, 189, 190.

(3) « C'est le devoir d'obéissance et non pas l'erreur du subordonné sur la nature de l'ordre, l'ignorance de sa criminalité qui constitue pour l'agent une cause d'excuse. » Garraud, *op. cit.*, III, p. 934.

pensons pas qu'on puisse exiger sa régularité. A défaut d'instructions écrites on s'en rapporterait à la simple déclaration du supérieur qui ne mérite pas d'être suspectée.

En second lieu, il faut que l'ordre émane du chef compétent pour le donner, et soit de son ressort. « L'obéissance n'est due au supérieur, tout le monde en conviendra, que dans la sphère de ses pouvoirs ; hors de ses pouvoirs, il ne reste qu'un homme privé (1). » On exclut par là toute action qui n'aurait aucun rapport avec son service ou qui serait réservée à un autre fonctionnaire.

En troisième lieu, l'inférieur doit être qualifié pour exécuter ce qui lui a été commandé. Si le supérieur ne peut élargir sa propre compétence, il ne peut davantage élargir celle de son subordonné et prétendre lui imposer un acte qui ne fait pas partie de ses attributions. En un mot, il faut une compétence réciproque et d'un côté, l'aptitude à commander, de l'autre, l'aptitude à obéir. C'est ce que l'article 327 résume dans cette expression « l'autorité légitime ».

Les articles 190 et 114 concernent « tout fonctionnaire public, agent ou préposé du gouvernement. » En

(1) Ortolan, *op. cit.*, I, p. 196. — Cf. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, II, p. 150 : « Il faut que l'ordre, pour constituer une excuse, émane d'un chef compétent et soit adressé à un inférieur compétent dans les formes prescrites. » — Otto Mayer, *op. cit.*, IV, p. 68 et suiv.

fait cependant, ils n'intéressent guère que ceux qui, par leurs fonctions, disposent de l'autorité publique. Le premier ne figure dans aucun arrêt de jurisprudence ; le second a été appliqué aux commissaires de police (1), aux agents de police (2), aux sergents de ville de Paris (3) et aux gardes champêtres et forestiers (4). Dans ces espèces, ils s'agissait uniquement de détentions arbitraires, bien que l'article 114 ait une portée beaucoup plus large. Il protège, en effet, la liberté et les droits civiques et aussi, en général, tous les droits individuels. Il n'en est pas fait mention, mais l'art. 115 qui renvoie au Sénatus-Consulte du 28 floréal an XIII, confirme cette assertion, puisque ce texte se rattachait à l'institution, aujourd'hui abolie, des commissions sénatoriales de la liberté de la presse et de la liberté individuelle.

Celui qui peut se prévaloir de l'une de ces deux dispositions n'est pas justifié, il est « exempt de la peine ». Il faudra donc invoquer devant un tribunal cette excuse absolutoire qui, du reste, n'a pas pour résultat d'entraîner un acquittement. L'accusé reste coupable, il est condamné aux frais du procès et même à des dommages-intérêts s'il a causé un préju-

(1) Cass. crim., 25 novembre 1882, D. 83.1.485.

(2) Cass. crim., 22 juin 1892, D. 93.1.297.

(3) Cass. crim., 4 décembre 1862, D. 68.5.232.

(4) Cass. crim., 15 mai 1827. L'article 114 serait à l'occasion appliqué aux préfets et sous-préfets, aux officiers du Ministère public, et même aux maires et adjoints.

dice, car les poursuites devant la juridiction répressive supposent évidemment que la théorie de l'acte administratif n'a pas été admise.

De plus, l'ordre ayant constitué l'excuse, la responsabilité de celui qui l'a donné subsiste. La peine encourue par l'inférieur, la réclusion ou la dégradation civique lui sera infligée.

On s'est inspiré de la formule romaine : *is damnum dat qui jubet dare, ejus vero nulla culpa est cui parere necesse est*. Certaines législations n'ont pas craint d'en faire une règle plus ou moins absolue. Ainsi le Code italien déclare : « N'est pas punissable celui qui a commis la faute en vertu d'une disposition de la loi « ou » d'un ordre de l'autorité compétente qu'il était obligé d'exécuter (1). »

En France, on n'a pas osé aller aussi loin et hors des deux cas particuliers que nous venons d'indiquer, nous retombons dans le domaine du droit commun qui est la responsabilité des agents.

Abstraction faite des avantages spéciaux dont profitent les fonctionnaires publics, ceux-ci subissent toutes les conséquences de leurs infractions tant au point de vue pénal qu'au point de vue civil. Au point de vue disciplinaire, la chose est plus douteuse, parce que vis-à-vis de l'administration, l'ordre est toujours une excuse assez plausible (2).

(1) Code pénal italien, article 49.

(2) Même quand le supérieur n'a pas donné d'ordre, il est de règle qu'il prenne pour son compte l'acte du subordonné.

Aussi, les articles 114 et 190 ne sont-ils pas, comme on le prétend quelquefois, deux applications d'un principe. Ce sont deux exceptions, et le législateur a spécifié qu'il n'entendait pas les généraliser (1). Le principe est contenu dans l'article 327, et c'est de lui que découle implicitement et *a contrario* notre solution (2). Au nom de la loi, tout est autorisé, mais un ordre illicite est sans valeur et, par suite, ne change rien à la criminalité des actes qui l'ont suivi. Ce qui le prouve encore, ce sont les différents textes qui répriment certaines fautes des fonctionnaires sans distinguer suivant qu'elles ont été ou non précédées d'instructions hiérarchiques (3).

Dès lors, les subordonnés ne sont plus astreints à une obéissance passive ; sans doute, l'appréciation de l'opportunité leur échappe toujours, mais celle de la légalité leur appartient. Plus que tout autre, ils sont censés connaître la loi.

Ils ont donc le droit de vérifier les mesures qui leur sont ordonnées, tout au moins à l'égard des compétences et des formes. Un agent, avant de procéder à une saisie fiscale, ne s'inquiétera pas de savoir si la saisie est fondée, il n'a qu'à s'assurer de la régularité

(1) C. P. art. 65.

(2) Cass. 17 février 1855, S. 55.1.236. — Angers, 13 mars 1871, D. 73.1.286. — Orléans, 28 juin 1872, D. 73.1.291. — Conflits 25 février 1890, D. 91.3.33. — V. Vivien, *op. cit.*, I, p. 75.

(3) C. P. art. 120, 184, 186, 198, etc.

du mandat qui lui est confié et à constater qu'il n'exécède pas ses pouvoirs (1). Après cet examen, son devoir est de s'incliner, ou, au contraire, de ne pas prêter son concours à cette opération s'il ne veut pas s'exposer à voir les particuliers lésés se retourner contre lui.

Dans la pratique, ce système trop radical risquerait de compromettre la discipline là où elle doit être rigoureuse, aussi est-il tempéré par la jurisprudence. L'agent n'est jamais entièrement désarmé : il a la faculté d'alléguer soit sa bonne foi, soit la contrainte.

La bonne foi démontrée est toujours prise en considération. Quand l'inférieur a pu être amené à la conviction raisonnée qu'il ne commettait pas un délit, il serait injuste de lui reprocher son zèle et sa soumission (2).

Le juge se rendra compte de l'intention d'après les circonstances, la qualité du prévenu et la gravité du délit. Si ce dernier était évidemment criminel, il va sans dire que rien ne serait capable d'atténuer la culpabilité. Mais, le plus souvent, la question se sera po-

(1) Même dans les hypothèses des articles 114, 190 et 327 la justification ou l'excuse est subordonnée à la condition que l'agent ait agi dans la limite de sa compétence et sur ordre d'un supérieur compétent.

(2) V. Garraud, *op. cit.*, I, n° 310 et suiv. — Ortolan, *op. cit.*, I, p. 194. — Rossi, *Traité de droit pénal*, II, p. 130. V. Bourges, 30 décembre 1870, D. 71.2.226. Il s'agissait d'un caporal ayant, sur l'ordre de son sergent, opéré une arrestation à domicile.

sée à l'inférieur sous un aspect moins simple, et nous croyons qu'alors le doute n'était pas pour lui un motif suffisant pour s'abstenir. L'ordre jouit, en effet, d'une présomption de légalité tirée de la situation du supérieur qui présente plus de garanties de savoir et d'impartialité et doit avoir la confiance de ses subordonnés (1).

Cette présomption est si forte qu'elle a été acceptée par les tribunaux au profit des particuliers requis par l'autorité de commettre un délit qu'ils ne soupçonnaient pas (2).

Quand il est impossible à l'inculpé d'établir sa bonne foi, trouvera-t-il dans la contrainte de l'article 64, une cause de justification ? Cela paraît peu vraisemblable, car l'ordre ne supprime jamais la liberté morale, même dans la hiérarchie militaire, qui comporte cependant la plus stricte subordination. Il est difficile de concevoir une injonction assez énergique pour constituer aux termes de l'article 64 « une force à laquelle on n'a pas pu résister (3) ».

(1) Grotius devant un cas douteux préfère l'abstention de l'agent car la désobéissance est moins grave que le délit. Contra : Rossi. *op. cit.*, p. 129. — Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*. I, p. 546.

(2) Conseil d'Etat, 4 mai 1854, D. 54.3.65. — Cass. crim., 30 avril 1863, D. 63.1.440. Le premier de ces arrêts concernait des ouvriers qui s'étaient rendus coupables d'une contravention de voirie sur les injonctions du maire.

(3) Cass., 20 juin 1828 (Fauvelle), Bulletin, 1828, n° 181. — Cass.

Néanmoins, un commandement est souvent susceptible, sinon de supprimer du moins de restreindre considérablement l'indépendance et en même temps la responsabilité de celui qui le reçoit. Tout dépendra de la rigidité de la discipline à laquelle est assujéti le fonctionnaire.

Ainsi, traduit devant un tribunal, le subordonné a la ressource d'invoquer la bonne foi ou la contrainte. Selon qu'elle sera plus ou moins complète, il obtiendra une réduction de peine ou un acquittement. Par contre, si on peut relever contre lui une intention coupable, il n'est plus digne d'indulgence. La jurisprudence n'a pas permis à un préfet attaqué pour diffamation (1), et à un employé de mairie inculpé d'inscriptions frauduleuses sur les listes électorales (2), de se retrancher derrière les ordres de leurs supérieurs respectifs, le ministre et le maire. Il n'y avait certainement place ni pour la bonne foi ni pour la contrainte.

En résumé, il n'existe pas dans la législation française une disposition générale prévoyant la situation du subordonné qui a obtempéré à l'ordre illégal d'un supérieur.

crim., 20 avril 1848 (Lhuillier). — Cass., 20 septembre 1894. Bulletin, 1894, n° 248.

(1) Orléans, 28 janvier 1872. D. 73.1.291.

(2) Cass., 20 septembre 1894. Bulletin 1894, n° 248. V. aussi : Cass., 17 février 1855, S. 55.1.236. — Cass., 13 novembre 1835, S. 36.1.131.

En certaines hypothèses qui pourraient gravement engager sa responsabilité, celle-ci est formellement écartée. En dehors de là, les règles du droit commun lui fournissent des moyens de défense parfois très efficaces, sans être cependant pour lui une protection certaine (1). Cette conclusion doit être adoptée en ce qui concerne la responsabilité civile, car aucun texte, pas même les articles 114 et 190, n'empêche de la mettre en jeu.

En réalité, les fonctionnaires ne seront jamais en butte à des poursuites injustifiées. En rapport avec le public, ils suscitent fatalement des animosités aux-

(1) Le jugement suivant résume parfaitement la question : « Attendu qu'il est de principe qu'en dehors des cas limitativement prévus par la loi et notamment par les articles 114 et 190 du Code pénal, l'obéissance aux ordres du supérieur hiérarchique n'est pas un fait justificatif, puisqu'elle ne constitue pas la contrainte irrésistible à laquelle l'article 64 du même Code attribue ce caractère, ni une excuse légale puisqu'aux termes de l'article 65 nulle infraction à la loi pénale ne peut être excusée que dans les cas où la loi déclare le fait excusable — que le fonctionnaire ou l'agent qui reçoit l'ordre de commettre un délit peut et doit refuser son concours, le devoir d'obéissance passive n'existant pas pour les agents et fonctionnaires civils et aucune loi ne punissant en ce qui les concerne le refus d'obéissance prévu par les lois militaires. Que si pour apprécier au fond la responsabilité de l'agent ou du fonctionnaire il y a incontestablement lieu de tenir compte des ordres qui lui ont été donnés, l'existence de ces ordres ne peut *a priori* modifier le caractère de l'acte incriminé..... » Tribunal correctionnel, Reims, 13 octobre 1889 et conflits 15 février 1890. D. 91.3.31. En cette espèce, le préfet de la Marne avait, sur l'ordre du Ministre, fait lacérer des affiches électorales.

quelles il faut les soustraire. Montesquieu disait déjà : « C'est une chose terrible de plaider contre un intendant, mais c'est une chose bien douce que de gagner un procès contre un intendant (1). » Aussi quand une action sera intentée contre un agent, il y a tout lieu de penser qu'elle sera sérieusement motivée sinon le gouvernement l'aurait arrêtée en élevant le conflit.

Enfin nous n'avons envisagé que les actes des fonctionnaires relatifs à leurs fonctions. Dans la vie privée, à part certains privilèges de forme ou de juridiction (2), ils sont soumis au régime de la loi commune et il n'y a aucune raison pour qu'il en soit autrement.

Ainsi, la subordination implique un traitement de faveur, mais celui-ci disparaît avec elle. Là où elle est inconnue, il n'y a plus de droit de commandement et par suite plus d'irresponsabilité. En Angleterre, par exemple, un ordre du roi ne serait pas une excuse, et c'est la conséquence logique de l'autonomie de ceux qui y détiennent les charges publiques (3).

D'ailleurs, indépendamment du cas spécial qui nous a occupé jusqu'ici, à plus de liberté correspond forcément une responsabilité qu'il convient de rendre plus effective. Dans un service hiérarchisé, toutes les décisions importantes sont prises par des chefs qu'on

(1) Lettre à l'abbé de Guaasco.

(2) C. I. C. art. 479, 480. Loi 20 avril 1810, art. 10 et 18.

(3) Laferrière, *op. cit.*, I, 1^{re} édit., p. 145.

peut supposer expérimentés et capables ; ceux-ci exercent un contrôle incessant et les intéressés ont le droit de s'adresser à eux toutes les fois qu'ils croient leur intervention nécessaire ou utile. Cette organisation par elle-même est favorable à une bonne administration. Il y a, au contraire, plus à craindre d'une autorité à peu près indépendante ; on doit pouvoir lui demander compte de sa gestion sans que le législateur y apporte autant d'entraves.

Toutefois, la liberté pas plus que la responsabilité des fonctionnaires anglais n'est absolue.

Ainsi la Cour suprême peut s'ingérer dans les affaires de l'administration active au moyen du « writ », sorte d'ordonnance comportant une mise en demeure ou une défense et sanctionnée par une peine discrétionnaire (1). Mais, malgré l'analogie, il n'est pas exact de dire que la Cour possède le pouvoir hiérarchique. En effet, elle n'est jamais juge de l'opportunité et de l'équité mais uniquement de la légalité ; elle ne se saisit pas d'office mais sur les réclamations des individus lésés, enfin son contrôle s'exprime sous une forme judiciaire et seulement vis-à-vis de certains administrateurs. Le « writ » aurait peut-être plus de points de ressemblance avec notre recours pour excès de pouvoir.

Quoi qu'il en soit, cette procédure oblige les fonc-

(1) Laferrière, *op. cit.*, I, p. 96. — M. Larnaude, *Cours de droit public*, 1905, 1906.

tionnaires au respect de la loi. Inversement, la jurisprudence et la loi tendent à limiter leur responsabilité personnelle qui souvent devient purement théorique.

Le juge de paix, que ses multiples attributions mettent en contact avec les administrés, doit être avisé un mois à l'avance des plaintes que l'on se propose de diriger contre lui. Dans ce délai, il peut offrir une transaction et si celle-ci, après avoir été repoussée, est reconnue raisonnable par le tribunal, la partie plaignante est déboutée de ses prétentions et condamnée aux dépens. Si le juge démontre qu'il n'a pas agi malicieusement, il n'encourt qu'une amende insignifiante. Enfin, il n'est jamais mis en cause à propos des actes qui lui étaient commandés par une Cour supérieure.

Un agent de police exécutant un mandat d'arrestation même irrégulier est irresponsable. Il échappe également à toute action, quand il a arrêté de bonne foi une personne soupçonnée à tort d'un crime (1).

A l'égard des autres agents, la jurisprudence n'est pas éloignée d'admettre l'idée de faute lourde telle qu'elle est comprise en France.

De plus, dans les services de l'assistance et de la salubrité publique, la hiérarchie a été introduite et il est curieux d'observer qu'elle y a été poussée à l'extrême. Le supérieur couvre l'inférieur, le surveille et

(1) Jenks, *An outline of English local government*, p. 183. — V. Esmein, *op. cit.*, p. 84.

a même la faculté de se substituer à lui (1). Enfin, ces services fonctionnent sous la direction d'un bureau central.

Ainsi le droit anglais semble n'être pas resté absolument fidèle à la tradition qui veut que les « serviteurs de la Couronne » soient considérés comme de simples particuliers et exactement traités comme tels. Le pouvoir hiérarchique a pour effet de diminuer la responsabilité des fonctionnaires; or, même dans les pays où prédomine le système d'autonomie, il a été impossible de ne pas l'atténuer par une certaine subordination et par suite de ne pas atténuer du même coup la responsabilité.

(1) Jenks, *op. cit.*, p. 112 : « Les membres d'une autorité sanitaire ne sont pas responsables des actes accomplis par eux de bonne foi et sur l'ordre de leurs chefs. » — V. *Annuaire de législation étrangère*, 1876, p. 26, article 268 de la loi du 11 août 1875 concernant les services sanitaires. Cf. loi 14 août 1871.

CHAPITRE V

LE RECOURS HIÉRARCHIQUE

SECTION I

La Nature du Recours hiérarchique.

Historiquement, on peut dire que la juridiction gracieuse remonte aux « plaids de la porte » dans lesquels le souverain rendait la justice à ses sujets sans aucune forme de procès. Plus tard, cette justice patriarcale passa aux maîtres des requêtes attachés à la personne du roi, et après une résurrection momentanée sous le règne de Charles VIII, l'institution disparut définitivement au xvi^e siècle. Cependant, Louis XIII, en son Conseil privé, reçoit encore « les plaintes des oppressions et des tyrannies que l'on exerce sur le peuple dans les provinces, à quoi ni les

juges ordinaires ni les parlements ne peuvent ou refusent de donner ordre (1) ».

Sous Louis XIV, le dernier vestige de cette ancienne coutume est le placet dont l'usage, soumis à des formalités minutieuses, supersista jusqu'à la Révolution. A cette époque apparaît une nouvelle procédure administrative organisée par la Constitution du 3 septembre 1791. Les particuliers peuvent déférer au roi les décisions des Directoires de département et à ces derniers celles des Directoires de district.

C'est dans ces divers précédents qu'il faut chercher l'origine du recours hiérarchique actuel.

Il y a recours gracieux lorsqu'une réclamation est portée par les parties intéressées devant l'auteur de l'acte attaqué ; lorsqu'elle est portée devant son supérieur, il y a recours hiérarchique.

Dans le premier cas on demande à l'autorité un nouvel examen de l'affaire. C'est la seule démarche possible contre les décisions des ministres avec lesquels la hiérarchie est épuisée ; de plus, elle n'éveille aucune idée de contrôle. Enfin elle aboutit rarement à un rejet formel ; l'acte est rapporté, réformé ou bien il n'est pas donné suite à la plainte.

Nous étudierons surtout le recours hiérarchique parce qu'il est la véritable manifestation du droit de commandement des supérieurs et aussi parce qu'il a

(1) Le Bret, *De la souveraineté*, liv. II, chap. III, p. 42. — V. Esmein, *Histoire du droit*, p. 381 et suiv., 465 et suiv.

une réelle importance par lui-même et par sa combinaison avec l'action contentieuse. Il permet tout d'abord aux particuliers d'obtenir satisfaction alors même que leurs droits n'ont pas été méconnus et qu'ils ne peuvent invoquer que des raisons d'équité. Dans l'hypothèse contraire, c'est encore un moyen d'éviter un débat contentieux par une sorte d'arrangement à l'amiable, de nature à profiter tant aux administrés qu'aux services publics eux-mêmes. Enfin le Conseil d'Etat n'admettant pas qu'on puisse le saisir à la suite d'un fait dommageable quelconque qui ne constituerait pas une décision, le pourvoi hiérarchique a souvent pour but de la provoquer.

Quel est le caractère de ce contrôle hiérarchique Est-ce une attribution contentieuse ou purement administrative? Suivant que l'on penche pour l'une ou pour l'autre de ces deux solutions, il faudra appliquer des principes très différents.

Si l'administrateur est un juge, il ne peut se dérober et est obligé de statuer. Il n'a pas la faculté de revenir sur sa détermination qui est irrévocable; il doit, à peine de nullité, motiver ses jugements. Ceux-ci, rendus par défaut, sont susceptibles d'opposition. Quant au recours pour excès de pouvoir, il ne trouvera plus guère à s'exercer puisqu'il n'est ouvert aux intéressés qu'en l'absence de toute action parallèle (1).

(1) V. Perreau, « Le contrôle hiérarchique », *Revue du droit pu-*

La question a été le sujet de longues controverses et l'opinion d'après laquelle le pourvoi hiérarchique serait une vraie procédure judiciaire a été soutenue particulièrement à propos des ministres.

La Constitution de l'an III leur a conféré individuellement les fonctions antérieurement dévolues « au roi et aux ministres réunis en conseil » et parmi elles figurait le jugement du contentieux administratif. Ils ont été dépouillés d'une partie de ces attributions au profit des Conseils de préfecture par la loi de l'an VIII, mais pour les autres ils sont restés juges en premier ressort, car le Conseil d'Etat fut créé uniquement comme juridiction d'appel.

Quand une décision ministérielle préalable est expressément exigée, c'est l'application d'une règle générale. D'ailleurs, cette décision est définitive après expiration d'un certain délai, elle est exécutoire et emporte parfois hypothèque. De semblables pouvoirs ne sont pas ceux d'un administrateur (1).

On en a conclu : 1° que le ministre, résiliant un marché, liquidant une dette, prenant un arrêté de débet ou statuant sur recours hiérarchique, faisait acte de juge ; 2° qu'il fallait toujours s'adresser à lui avant

blic, 1897, t. VII et VIII. — Laferrière, *op. cit.*, I, 1^{re} édit., p. 399 et suiv.

(1) V. Serrigny, *Traité de la compétence*, III, p. 183. — Aucoc, *Conférences*, I, p. 621. — Macarel, *Des tribunaux administratifs*, p. 128. — Cornemin, *Droit administratif*, 5^e édit., I, p. 178.

d'aborder le Conseil d'Etat, à moins toutefois qu'il n'y ait eu déjà jugement d'un tribunal administratif inférieur.

Ces arguments n'ont pas empêché la doctrine et la jurisprudence d'abandonner la théorie du ministre juge (1).

L'arrêt du 5 nivôse an VIII porte que le Conseil d'Etat connaîtra des affaires « précédemment soumises au ministre ». Cela ne signifie pas que ce dernier demeure juge de droit commun et que le Conseil n'est jamais compétent qu'en appel.

De même, tous les actes administratifs sont inattaquables après un certain délai ; tous ceux qui émanent d'une autorité sont exécutoires et peuvent entraîner hypothèque, mais ces effets sont l'œuvre des contraintes mises à la disposition des pouvoirs publics. Un rôle des contributions directes, un plan d'alignement possèdent cette force exécutoire sur les propriétés des contribuables et des riverains. Un acte notarié jouit de la même efficacité.

Sans doute, lorsque la contestation s'est élevée à l'occasion d'un fait accompli par son subordonné, le ministre semble bien se comporter comme un magistrat en présence de deux plaideurs : le requérant et le subordonné. Il n'y a là qu'une apparence.

(1) Laferrière, *op. cit.*, I, p. 462. — Berthélemy, *op. cit.*, p. 861. — Hauriou, *op. cit.*, p. 840. — Bequet dans le Répertoire. V^o Contentieux.

En effet, il n'est pas besoin que la plainte pour être accueillie favorablement soit fondée en droit ; c'est précisément quand elle ne l'est pas que le pourvoi présente le plus grand intérêt. Quelquefois même, l'objet de la requête n'est jamais appelé à devenir une matière contentieuse et c'est ce qui a lieu quand la requête vise une mesure absolument discrétionnaire. Un supérieur doit s'efforcer avant tout de concilier le bien de son service et celui de ses administrés, aussi est-il libre d'accéder à toutes leurs légitimes revendications. Un juge, au contraire, n'a pas à s'inspirer de considérations étrangères au droit, mais seulement de la loi.

De plus, les actes de l'inférieur peuvent être annulés ou réformés d'office sans qu'ils aient suscité aucune protestation et par conséquent sans qu'il y ait litige. Sollicité ou non, le contrôle dans les deux cas conserve son caractère administratif.

Devant le Conseil d'Etat, le ministre vient lui-même défendre sa décision alors qu'un juge n'intervient jamais devant le tribunal supérieur auquel sa sentence a été déférée. En outre, ce tribunal est toujours le même, tandis que les décisions ministérielles sont portées au Conseil d'Etat, au Conseil de préfecture ou aux juridictions ordinaires.

Il faut encore remarquer que certaines autorités agissent souvent en vertu d'une délégation ministérielle ; est-il normal de voir un mandant juge des actes de son mandataire ?

Enfin, un administrateur est obligé de trancher à tout instant des questions de fait et des questions de droit. Si toute compétence lui est refusée à l'égard des dernières, son action se trouve paralysée. Il est donc autorisé à trancher, au moins provisoirement, toutes les difficultés qu'il rencontre, puis à procéder à l'exécution sans pour cela faire acte de juridiction. Plus tard, un tribunal réparera les préjudices causés aux particuliers mais les services n'auront pas cessé de fonctionner et c'est là le point essentiel. Ils ne peuvent pas, comme les individus, attendre que la justice ait apporté une solution au conflit.

En décider autrement serait, selon l'expression de M. Laferrière, faire de l'administration une « hiérarchie judiciaire ». Ainsi le préfet, annulant l'arrêté municipal qui lui a été dénoncé, devrait logiquement être considéré comme un juge.

Le ministre n'a donc pas d'attributions contentieuses et la jurisprudence en adoptant ce principe a été amenée à poser les règles fondamentales du recours hiérarchique. Elle a successivement déclaré que la décision ministérielle pouvait être rapportée (1), ne pas contenir de motifs (2) et qu'elle ne pouvait être frappée d'opposition (3). Deux arrêts de 1881 mar-

(1) Conseil d'Etat : 29 avril 1867 (Calvo) — 12 avril 1879 (Esquino).

(2) Conseil d'Etat : 20 avril 1880 (Harouel) — 21 juin 1895 (Cames).

(3) Conseil d'Etat : 20 juillet 1877 (Mathos) — 20 février 1880 (Cauvière).

quèrent le terme de cette évolution (1). Dans l'un d'eux, on admit que la confirmation d'un acte déjà très ancien n'était pas capable de rouvrir la procédure contentieuse. Le ministre n'avait donc pas rendu un jugement.

Si les ministres ont perdu la qualité qui leur fut longtemps attribuée, cela n'implique pas qu'on puisse toujours se passer d'eux ; mais, même quand ils doivent être saisis, ils ne jouent pas le rôle d'un tribunal.

C'est ainsi que pour se conformer à des textes spéciaux, ils prononcent sur les élections des Chambres de commerce (2), des Conseils de l'Instruction publique (3) et des Conseils supérieurs des colonies (4). Ils vérifient simplement la régularité du titre de l'élu et exercent un droit de police. Ce qui le prouve c'est que le plus souvent ils ont le pouvoir d'intervenir d'office. Du reste, il semble difficile d'interpréter autrement les textes auxquels nous faisons allusion. Par exemple, l'article 8 de l'arrêté du 3 nivôse an XI, qui

(1) Conseil d'Etat : 13 avril 1881 (Bausais), D. 82.3.49 — 24 juin 1881 (Bougard).

(2) Arrêté 3 nivôse, an XI, art. 8.

3) Conseil supérieur et Conseil d'Académie : D. 16 mars 1880, art. 12 et 13. — Conseil départemental : D. 12 novembre 1886, art. 2. — Avant la séparation des Eglises et de l'Etat, le ministre prononçait également sur les élections des consistoires israélites et presbytéraux.

(4) Conseil supérieur des colonies : Conseil d'Etat, 24 avril 1881 (Raoulx),

organise le recrutement des Chambres de commerce, dispose seulement que « toute nomination sera transmise au ministre de l'Intérieur (aujourd'hui au ministre du Commerce) pour recevoir son approbation (1) ».

Il convient toutefois de se montrer moins affirmatif, lorsque le ministre condamne une société d'émigration qui n'a pas tenu ses engagements à verser une indemnité à des émigrants (2). Ici, en effet, les deux parties sont des personnes privées sans caractère officiel. Il n'y a donc plus un acte de commandement destiné à assurer la marche d'un service.

En d'autres circonstances, les ministres sont encore les intermédiaires indispensables entre les particuliers et le Conseil d'Etat. Leurs décisions sont dans beaucoup de cas « un élément nécessaire du débat contentieux » (3). C'est à eux que sont d'abord présentées toutes les réclamations concernant une dette, une créance ou un contrat de l'Etat.

Souvent cette formalité préliminaire s'impose d'une façon évidente. Tant que sa pension ne lui a pas été refusée ou tant qu'elle n'a pas été liquidée contrairement à ses prétentions, le fonctionnaire mis à la re-

(1) En ce sens : Laferrière, I, 2^e édit., p. 465. — Hauriou, *op. cit.*, p. 704. — Cf. Artur, *op. et loc. cit.*, 4^e article, p. 273 et 5^e article, p. 495.

(2) Loi, 18 juillet 1860, art. 9.

(3) Laferrière, *op. cit.*, II, 2^e édit., p. 462.

traite n'a aucune raison de se croire lésé. Il ne s'agit pas d'ailleurs d'un recours hiérarchique proprement dit, mais d'une petition gracieuse à l'autorité exclusivement qualifiée pour établir un titre de pension.

Parfois au contraire, cette exigence s'explique par ce fait que seule une décision peut ordinairement motiver une poursuite de la part des administrés. Les contestations relatives à un marché de fournitures font l'objet d'une requête préalable au ministre. De même, avant la loi du 17 avril 1901, les propriétaires qui avaient subi des dommages par suite d'un exercice de tir étaient obligés de s'adresser d'abord au ministre de la guerre (1). Cependant le préjudice existait antérieurement à la décision qui était donc moins « la matière première du débat » qu'une condition de recevabilité du recours devant la juridiction administrative. En substituant à cette dernière les juridictions de droit commun, la loi de 1901 n'a pas permis non plus aux parties de porter directement aux tribunaux leurs revendications. Celles-ci doivent être soumises aupara-

(1) Conseil d'Etat : 25 mars 1892 (Viard) — 19 janvier 1894 (de Pins), solution impliquée). V. loi 3 juillet 1887, art. 54, modifié par la loi du 17 avril 1901. — Les créanciers de la commune et du département ressortissant du Conseil d'Etat ont été également astreints à présenter une décision du Conseil municipal ou du Conseil général : Conseil d'Etat : 6 novembre 1891 (Dardenne) — 13 mai 1892 (Richard). — Néanmoins, nous verrons qu'une décision ne précède pas forcément toute action contentieuse devant les juridictions autres que le Conseil d'Etat.

vant à des commissions spécialement instituées dans ce but.

En un mot, une décision est exigée quand la plainte vise un service public représenté par le ministre, seul apte à s'engager ou à répondre pour lui. Cette obligation a perdu beaucoup de sa rigueur et aussi de ses inconvénients, puisque le silence du ministre pendant quatre mois a été assimilé par des lois récentes à un rejet formel. Ces dispositions lui interdisent désormais de « créer le contentieux » à son gré.

En dehors des hypothèses que nous avons signalées, nous verrons que l'abandon de la théorie du ministre-juge a eu pour résultat de dispenser les intéressés de se pourvoir devant le ministre par la voie hiérarchique toutes les fois qu'ils invoquent la décision d'une autorité quelconque. Ils peuvent alors aborder directement le Conseil d'Etat, tandis qu'autrefois le recours pour excès de pouvoir était seul ouvert *omisso medio*. Le ministre n'est donc plus un juge mais un supérieur qu'on est libre de ne pas consulter.

La conclusion est la même pour tous les fonctionnaires investis du pouvoir hiérarchique : ils statuent toujours comme administrateurs et s'ils négligent de le faire, les particuliers ont le droit de supposer que leur demande a été repoussée.

SECTION II

L'organisation du recours hiérarchique. Son fonctionnement.

Nous avons eu l'occasion de signaler les principales règles du recours hiérarchique, règles qui dérivent de sa nature même. Nous nous proposons de les étudier en détail.

§ 1^{er}. — *De la Recevabilité du recours.*

A. — De l'acte incriminé.

En général, un recours est ouvert contre tous les actes de tous les fonctionnaires, sans distinguer entre les actes collectifs et individuels, entre les actes de gestion et de puissance publique. Il faut naturellement que l'auteur du fait incriminé n'occupe pas le sommet de la hiérarchie. En pareille circonstance, on n'aurait que la faculté de lui soumettre une requête gracieuse et de solliciter un nouvel examen de l'affaire.

Ainsi, un règlement préfectoral, la fermeture d'un établissement insalubre, une adjudication ou un plan d'alignement peut faire l'objet d'une plainte de la part des intéressés. Sans doute, l'autorité saisie ne jouit pas dans toutes ces hypothèses d'une aussi grande latitude. Le droit de réformer les mesures prises en vertu d'un pouvoir propre ne lui appartient pas, mais l'annulation et la suspension lui fournissent toujours le moyen de donner satisfaction aux requérants.

Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu une décision proprement dite. De simples agissements, de simples mesures dommageables mais incapables de produire des effets juridiques sont susceptibles d'être dénoncés au supérieur. Un agent voyer, en faisant détruire ou déplacer la passerelle jetée sur un cours d'eau sans ménager les légitimes intérêts des riverains, s'expose à des réclamations qui provoqueront peut-être l'intervention de ses chefs hiérarchiques. Cependant, on ne serait pas admis à protester contre toute prétention émise par l'administration, contre une enquête préalable, des instructions de service n'ayant encore reçu aucune exécution, en un mot contre une manifestation quelconque de volonté.

De même, quand un acte, pour être soumis à la juridiction administrative, doit avoir été confirmé par l'autorité qui lui donnera la valeur d'une décision, le recours est un moyen d'obtenir cette confirmation. Ainsi un fournisseur de l'Etat, s'estimant lésé par les

exigences d'un agent subalterne, s'adressera au ministre, puis portera devant le Conseil d'Etat la décision de ce dernier.

Le pourvoi hiérarchique est également recevable même quand il s'agit des décisions irrévocablement soustraites à la juridiction civile ou administrative, soit par eux-mêmes, soit par leur légalité.

Parmi ces actes inattaquables figurent d'abord, sinon les mesures discrétionnaires en général, du moins certaines d'entre elles. En effet, l'administration, en vertu d'une disposition expresse ou tacite de la loi, conserve la plus entière liberté dans l'accomplissement des actes discrétionnaires; mais cela ne signifie pas qu'ils ne soient jamais une matière contentieuse. Ce qui est vrai c'est qu'ils le deviennent plus difficilement. Si le Conseil d'Etat n'a pas à en apprécier le fond, il lui est permis d'en apprécier la validité au point de vue formel lorsqu'il y a été invité par un recours en annulation. Souvent sans doute, le seul grief possible est l'incompétence, mais ces actes ne sont pas pour cela à l'abri de toute vérification.

Le gouvernement possède, vis-à-vis des étrangers, un droit d'expulsion perpétuel et discrétionnaire, néanmoins, le préfet d'un département du centre serait incompétent pour prendre une semblable décision qui est réservée au ministre de l'Intérieur et aux préfets des départements frontières. La révocation des fonctionnaires est, fréquemment encore, prononcée

discrétionnairement, mais elle doit émaner d'une autorité qualifiée et être conforme aux prescriptions des lois et règlements.

Les actes qui échappent toujours d'eux-mêmes au contrôle juridictionnel sont donc très rares puisqu'ils supposent, outre l'absence des restrictions ordinairement apportées aux pouvoirs des administrateurs, qu'une question de compétence ne peut même pas se poser. Ainsi le refus du préfet d'agréer un garde particulier ou d'accorder certaines permissions de voirie (1) ne comporterait aucune suite judiciaire. Il ne resterait d'autre ressource que de se pourvoir devant le ministre et ce pourvoi présente dès lors une grande utilité.

D'ailleurs dans le cas normal, c'est-à-dire dans celui où l'acte discrétionnaire est annulable, le recours hiérarchique comparé au recours pour excès de pouvoir offre de sérieux avantages. La discussion des motifs n'appartient pas au Conseil d'Etat; il en résulte que les parties en cause ne peuvent invoquer le détournement de pouvoir. Elles ne peuvent pas non plus invoquer la violation de la loi et des droits acquis. Les garanties leur sont donc parcimonieuses-

(1) Cette affirmation est implicitement confirmée par un arrêt du Conseil du 19 mars 1880. S. 81.3.67. V. également Conseil d'Etat, 26 décembre 1891. Compagnie générale du gaz. Par contre, le retrait de ces concessions n'est pas discrétionnaire : Conseil d'Etat, 14 novembre 1902, Lebou, p. 659.

ment mesurées. Au contraire, le supérieur saisi d'une réclamation tiendra compte, s'il le juge à propos, de toutes les considérations qui doivent rester étrangères au tribunal administratif : inopportunité, caractère arbitraire ou intéressé de la décision attaquée, etc.

De plus s'il se décide à faire droit à la plainte qui lui est transmise, alors même qu'il ne disposerait pas du droit de réformation, son action se manifesterait d'une manière beaucoup plus efficace et beaucoup plus complète que celle du Conseil d'Etat. Mais cette observation vise tous les actes qui ne peuvent donner lieu qu'à un contentieux d'annulation, aussi nous y reviendrons en examinant les effets de la procédure gracieuse.

Suivant une opinion soutenue par de nombreux auteurs et consacrée par la jurisprudence, il existe, indépendamment des mesures discrétionnaires, une catégorie d'actes de puissance dont aucun tribunal ne peut connaître parce que ce sont des actes de gouvernement. Quel en est le critérium ?

Pour les uns, c'est le mobile, le but poursuivi par les auteurs de l'acte. Toutes les fois que celui-ci tend à la protection de l'Etat, au maintien de l'ordre public, il rentre dans la définition des actes de gouvernement. Cette idée dangereuse, qui n'est autre que l'ancienne raison d'Etat et qui servirait au besoin à justifier tous les abus, n'est plus guère défendue (1).

(1) Dufour, *Théorie du droit administratif*, t. IV, p. 600.

Pour les autres, c'est dans la nature de l'acte qu'on doit chercher le critérium. Ceux qui détiennent le Pouvoir exécutif ont des fonctions administratives et gouvernementales et quand ils s'acquittent de ces dernières, ils profitent d'une immunité absolue. La délimitation est si vague que ses partisans sont obligés de la préciser par des exemples et se bornent à une énumération. Ils classent parmi les « matières gouvernementales », les rapports internationaux, les rapports des Chambres et du Pouvoir exécutif, la sécurité publique et les faits de guerre (1).

Quant aux auteurs (2) qui ajoutent la légalité comme élément plus ou moins essentiel de l'acte de gouvernement, ils nous paraissent condamner leur propre raisonnement. Si le caractère d'une décision dépend de sa nature, il est superflu de faire intervenir ici la notion de légalité. Tout ce qui est légal est en même temps licite, tout fait illégal peut tomber sous le coup d'une annulation et il est inutile pour cela d'édifier un nouveau système juridique.

Du reste, il n'y a pas en faveur de cette théorie des arguments irréfutables. On prétend distinguer le gouvernement et l'administration. Or, ceci est en contradiction avec tout notre droit positif qui ne s'est jamais préoccupé que de séparer l'autorité administrative et

(1) Laferrière, *op. cit.*, II, 2^e édit., p. 34 et suiv. — Simonnet, *Traité élémentaire*, n^o 262. — Hauriou, *op. cit.*, n^o 71.

(2) Bequet, Répertoire. V^o Contentieux, n^o 285.

l'autorité judiciaire. Le décret du 25 mars 1852, dans son préambule, semble faire allusion à cette dualité du Pouvoir exécutif : « on peut gouverner de loin, on n'administre bien que de près ». La formule résume clairement l'esprit de la réforme entreprise, mais elle n'a pas l'importance qu'on lui prête. Il est évident qu'un préambule n'est pas un exposé de droit constitutionnel et, en l'admettant, n'aboutirait-on pas à cette conclusion absurde que les attributions gouvernementales sont dévolues aux ministres et les attributions administratives aux préfets et aux sous-préfets ?

On a cherché également à s'appuyer sur la loi du 24 mai 1872. Son article 26 prévoit l'élévation du conflit pour les affaires qui « n'appartiendraient pas au contentieux administratif ». Cette phrase, dit-on, démontre implicitement l'existence des affaires gouvernementales et cette interprétation est expressément confirmée par les travaux préparatoires antérieurs. En effet, l'article 26 reproduit littéralement l'article 42 de la loi du 9 mars 1849 dont le sens a été nettement indiqué par le rapporteur, M. Vivien. Pourquoi des termes identiques n'auraient-ils pas, en 1872, la portée qu'ils avaient en 1849 ?

Il est facile de répondre que les textes sont seuls à avoir une valeur indiscutable et que, d'autre part, le rapport de M. Vivien concernait une disposition différente qui ne fut pas insérée dans la rédaction définitive. De plus, ce document contient précisément la

théorie du mobile dont il ne fut pas même question au cours de la discussion et que tout le monde repousse aujourd'hui. Enfin et surtout, il y a des actes qui incontestablement « n'appartiennent pas au contentieux administratif », parce qu'ils sont discrétionnaires ou par application des principes généraux et cela donne à l'article 26 sa véritable signification (1).

C'est donc pour des raisons spéciales que certains actes, considérés à tort comme des actes de gouvernement, ne peuvent être poursuivis devant les tribunaux et non pas sur cette simple constatation qu'ils ont un caractère politique.

S'il s'agissait, par exemple, d'attaquer un décret de convocation ou d'ajournement des Chambres, les membres de ces assemblées ne trouveraient pas de juges compétents pour statuer sur leurs réclamations et les individus seraient incapables de démontrer un intérêt personnel.

Un traité est un contrat. L'Etat signataire d'un traité ne doit pas permettre aux juridictions qui siègent sur son territoire de l'annuler, d'en discuter les clauses ni même d'en fournir l'interprétation, à moins que celle-ci n'intéresse pas les autres pays contractants.

(1) Michoud, *Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble*, 1889, I, n° 2. — Brémond, *Revue du droit public*, 1896, t. V, p. 22 et s.

La protection diplomatique des nationaux résidant à l'étranger est un devoir moral, les dommages causés en temps de guerre aux propriétés ou aux personnes sont justifiés par une force majeure et n'engendrent ni droit ni responsabilité (1), par conséquent aucune action n'est possible en vue d'obtenir cette protection ou la réparation de ces dommages.

Mais en dehors de ces hypothèses, rien n'autorise à écarter les garanties dont jouissent les administrés conformément aux règles du droit commun. Les moyens d'exécution d'une convention internationale n'ont pas forcément la même nature que la convention elle-même et s'il en est ainsi, on ne s'explique pas à leur égard la fin de non recevoir invariablement opposée par la jurisprudence.

En ce qui touche la sécurité publique, on comprend qu'un décret proclamant l'état de siège ne puisse donner lieu immédiatement à un débat contentieux faute d'un intérêt né et actuel. Mais les citoyens victimes des mesures individuelles prises dans la suite, feront valoir l'illégalité du décret et, alors même que celui-ci aurait été régulièrement rendu, ils pourront toujours user contre ces mesures de police des divers recours qui leur sont assurés par la loi. Telle est aussi la solution adoptée par le Conseil d'Etat (2)

(1) Conseil d'Etat : 24 mai 1904, Lebon, p. 504.

(2) Conflit, 28 juillet 1873 (Pelletier).— Conseil d'Etat, 4 décembre

et par M. Laferrière qui, sur ce point, atténue la rigueur de son système.

Il ne convient donc pas d'assigner dans le contentieux administratif une place à part aux actes dits de gouvernement, puisqu'ils n'échappent pas par définition à l'examen des tribunaux. En tout cas, ils ne sont pas soustraits à la surveillance des supérieurs.

On concevrait parfaitement un pourvoi hiérarchique contre l'arrêté d'expulsion signifié par le préfet d'un département frontière ou contre une saisie ordonnée par les autorités militaires durant l'état de siège. Rien n'empêcherait de demander au ministre la protection diplomatique refusée par un consul.

En d'autres circonstances, le pourvoi ne peut être intenté, uniquement parce qu'il n'y a pas de supérieur compétent pour le recevoir ou parce que la hiérarchie est épuisée. Ainsi l'administration n'a pas le droit d'indemniser les particuliers des préjudices occasionnés par les opérations de guerre et une requête portée devant le ministre n'aurait d'autre effet que de faire saisir le Parlement d'un projet de loi d'indemnité.

Enfin, si les individus ne sont jamais appelés à intervenir de quelque manière que ce soit dans le fonctionnement des organes constitutionnels, c'est qu'ils n'y ont jamais un intérêt personnel.

Les règlements d'administration publique élaborés

1375, Buzy. — Le Conseil d'Etat rejette également la théorie des actes de gouvernement en matière d'expulsion.

sur l'invitation expresse des Chambres ont formé longtemps, et suivant une jurisprudence constante, une troisième catégorie d'actes inattaquables.

Qu'on dénie au législateur le droit de déléguer un pouvoir qu'il détient mais dont il ne dispose pas, ou bien qu'on admette la possibilité de cette délégation, l'accès du Conseil d'Etat n'aurait cependant pas du être interdit, car ces décrets sont toujours des actes administratifs, au moins dans la forme, et la forme couvre le fond. Les décisions administratives qui sont l'œuvre des Chambres ne sont-elles pas aussi intangibles que la loi, malgré les garanties illusoires que procure une enquête rapide suivie d'un vote précipité?

Aussi, dans un arrêt récent, abandonnant sa jurisprudence première, le Conseil d'Etat a-t-il admis le recours pour excès de pouvoir contre les Règlements d'administration publique. Cette décision assimile donc ces décrets aux actes administratifs ordinaires et renonce à les considérer comme des lois spéciales (1).

Quoiqu'il en soit, les particuliers, ici encore, n'étaient pas entièrement désarmés même avant ce revirement de la jurisprudence. La voie hiérarchique leur étant fermée, il leur restait la procédure organisée par l'ar-

(1) *Gaz. des Tribunaux*, 24 et 25 décembre 1907. — Raiga, *Revue départementale*, 15 janvier 1908.

ticle 40 du décret de 1806 (1) : « Lorsqu'une partie se croira lésée dans ses droits ou sa propriété par l'effet d'une décision de notre Conseil d'Etat rendue en matière non contentieuse, elle pourra nous présenter une requête pour, sur le rapport qui nous en sera fait, être l'affaire renvoyée s'il y a lieu, soit à une section du Conseil, soit à une commission ».

Cette disposition qui vise d'une façon générale toutes les décisions « non contentieuses » délibérées au Conseil d'Etat doit-elle être étendue aux règlements d'administration publique ?

Si ces derniers sont de véritable lois, on peut être tenté de penser qu'ils participent de la souveraineté de la loi et que dès lors l'article 40 ne les concerne pas. C'est l'opinion à laquelle semblent se rallier certains auteurs. Cependant, en présence des expressions très larges employées par le texte, il faut reconnaître aux intéressés la faculté de poursuivre l'annulation ou la réformation des règlements d'administration publique, même lorsqu'on en fait une sorte de législation secondaire. En effet, le recours de l'article 40 n'est pas autre chose qu'une requête gracieuse, une pétition que le Chef de l'Etat est absolument libre de ne pas accueillir et la loi elle-même est sujette à ce mode de réclamation.

(1) Décret du 22 juillet 1806 sur la procédure du Conseil d'Etat.

Le décret de 1806 n'a d'ailleurs trouvé que de très rares applications (1).

Nous nous sommes occupés jusqu'ici des actes inattaquables par eux-mêmes ou prétendus tels. Il en est d'autres qui ne le sont que par leur légalité. Nous voulons parler de tous ceux qui ont été accomplis sans violation de la loi et sans détournement de pouvoir. Ils ne sauraient être utilement déférés aux tribunaux, mais seulement aux chefs hiérarchiques pour inopportunité ou pour un simple motif d'équité. Sans doute, le recours formé dans ces conditions a moins de chances d'aboutir, mais cela est cependant loin d'être toujours exact.

Ainsi, quand un contribuable se croit taxé à tort ou trop lourdement par le fisc, il introduit devant le Conseil de préfecture une action « en décharge » ou « en réduction ». Quand au contraire l'assiette de l'impôt a été régulièrement établie par l'administration et quand le contribuable croit que sa situation mérite néanmoins des ménagements, il rédige une demande « en

(1) Conseil d'Etat, 21 juin 1864, Lebon, 1882, p. 412. — Laferrière, *op. cit.*, II, p. 415. — Le recours de l'article 40 se rattache à la procédure hiérarchique et gracieuse et à ce titre méritait d'être signalé ici. En effet, il n'a pas un caractère contentieux et peut aboutir soit à une annulation, soit à une réformation. De plus, et malgré les termes du décret de 1806, il n'est pas indispensable d'invoquer la lésion d'un droit : un intérêt respectable suffirait à justifier la requête des parties : en ce sens : Laferrière, *op. et loc. cit.* — Voir aussi à ce sujet l'avis du Conseil d'Etat du 4 juin 1878.

remise » ou « en modération » qui sera soumise au préfet et en appel au ministre des finances. Un chômage suffirait, par exemple, à légitimer un dégrèvement en faveur d'un propriétaire d'usine (1).

L'administration serait également en droit de se montrer bienveillante si l'acte qui lui est déféré est devenu inattaquable par l'expiration du délai imparti à l'action contentieuse.

Les particuliers peuvent encore avoir à se plaindre non plus des actes des fonctionnaires mais de leurs abstentions. Cette inertie est parfois la source d'un préjudice considérable, aussi les supérieurs ont-ils le devoir d'y remédier soit par voie d'injonctions, soit par voie de substitution. Si cela devient nécessaire, les pénalités disciplinaires obligeront les subordonnés à remplir leurs fonctions, ce que ne peuvent pas toujours faire les juridictions. Ainsi c'est au ministre que l'on s'adressera lorsque le préfet aura négligé d'accorder une permission de voirie.

En laissant donc de côté les mesures qui ne menacent pas directement les particuliers et certaines attributions d'ordre constitutionnel qui ne lèsent aucun intérêt privé ou qui soulèvent des questions de droit international, tout fait de l'administration peut faire l'objet d'un pourvoi hiérarchique (ou gracieux).

Du reste, les règles auxquelles est assujéti l'exercice

(1) Caillaux, *Les impôts en France*, II, p. 112.

de ce recours, quant à l'acte incriminé, sont surtout théoriques et ne s'imposent pas au supérieur comme elles s'imposeraient à des juges. Nous avons vu qu'en principe on n'était pas admis à se pourvoir contre une simple mesure préparatoire et qu'il fallait attendre au moins un commencement d'exécution. Mais celle-ci peut avoir des conséquences difficilement réparables et dès lors ne vaut-il pas mieux qu'il n'y soit pas procédé ? En pratique, il dépendra du chef hiérarchique de faire surseoir à cette exécution afin d'examiner auparavant les griefs qu'elle suscite. Il a le droit d'agir d'office et à plus forte raison celui de céder à toutes les sollicitations qu'il estime raisonnables.

En résumé, la juridiction gracieuse possède un domaine propre qui est celui des actes inattaquables et c'est ce qui nous a conduit à l'étude de ces derniers. En cette matière elle constitue pour les administrés une protection très énergique mais aussi très aléatoire. Il est juste d'ajouter que ce caractère aléatoire est certainement justifié vis-à-vis des actes qui ne tirent toute leur force que de leur légalité. Quant aux autres, comme nous l'avons observé, ils sont une exception qui tend à disparaître en même temps que les droits de l'individu et de l'Etat sont plus strictement délimités. L'abandon progressif de la doctrine des actes de gouvernement accentuera probablement cette évolution.

Le domaine propre de la juridiction gracieuse com-

prend encore les mesures qui ne peuvent motiver une instance judiciaire parce qu'elles sont dépourvues de toute valeur juridique, ou qui n'acquièrent cette valeur que par une décision rendue sur recours hiérarchique. A ce dernier point de vue, l'importance de la procédure hiérarchique est sensiblement diminuée. Des lois récentes ayant assimilé le silence prolongé des autorités saisies à une décision de rejet, elle n'est plus qu'une formalité préliminaire qui, souvent d'ailleurs, n'est pas indispensable.

Dans tous les autres cas l'action hiérarchique ne joue qu'un rôle accessoire et parallèle à celui de l'action contentieuse.

B) Capacité et intérêt exigés des parties requérantes.

Le recours hiérarchique n'est pas, malgré les apparences, une procédure contentieuse, c'est une plainte juridiquement organisée. Il est donc accessible à tous sans distinction d'âge, de sexe, ni de nationalité. Il serait permis à un mineur, à un étranger, à un citoyen déchu de ses droits civils et politiques, c'est-à-dire à toute personne ayant le droit de pétition.

En outre de cette capacité élémentaire, les parties doivent encore démontrer l'intérêt qu'elles ont à voir corriger ou anéantir l'acte du subordonné.

Devant le Conseil d'Etat, il faut prouver un intérêt direct et personnel qui n'est jamais la cause, mais la

condition du recours en annulation. Au contraire, l'autorité administrative se contentera d'un intérêt respectable, matériel ou moral, collectif ou personnel, actuel ou futur (1). De plus, ces considérations ne seront pas une condition de recevabilité, mais la cause même du recours et se confondront avec le motif invoqué quand celui-ci sera l'inopportunité ou l'équité.

Tout ceci n'a d'ailleurs qu'une portée très relative, et nous ne nous y arrêterons pas, car le supérieur à ce sujet n'est lié par aucune disposition impérative. Il peut et, parfois même, il doit se montrer moins exigeant qu'un tribunal et donner satisfaction à toute demande fondée qui ne compromettrait pas le bon fonctionnement de son service. C'est pour lui la chose essentielle, et cette solution prévaut dans la pratique administrative (2).

Néanmoins, il est préférable d'avoir la capacité et l'intérêt ordinairement requis, sinon le recours pour excès de pouvoir lorsqu'il subsiste parallèlement, ne serait pas possible.

C) Délai. — Acquiescement. — Recours parallèle.

Dans l'exercice de son contrôle, le supérieur n'est pas astreint à un délai parce que sa responsabilité

1) Conseil d'Etat, 2 mars 1888, D. 89.3.68 et note 1.

(2) Par contre, quand la décision mise en cause émane d'une autorité décentralisée, la jurisprudence du Conseil d'Etat est beaucoup moins large, Conseil d'Etat, 9 août 1889, D. 91.3.28.

peut toujours être mise en jeu. Par conséquent, les intéressés ont, à toute époque, le droit de lui signaler les actes répréhensibles de ses inférieurs et de lui demander de faire usage de ses pouvoirs en leur faveur. Il arrive même que les résultats d'une mesure administrative ne se font sentir que longtemps après et, dans ce cas, il est assez vraisemblable qu'on n'ait pas songé à la critiquer immédiatement.

Ainsi, une réclamation tardive sera simplement présumée moins sérieuse. Cependant, il est prudent de ne pas trop attendre si l'on tient à se réserver l'action contentieuse. Celle-ci, en effet, n'est recevable que durant un délai de deux mois (1), et, après de longues controverses, la jurisprudence a décidé qu'un recours hiérarchique préalable était suspensif de prescription pourvu qu'il ait été lui-même formé dans ce délai (2). On s'adressera donc à l'autorité supérieure dans les deux mois qui suivront la notification ou la publication de la décision attaquée. Sans doute, il est encore permis de le faire après l'expiration de ce terme, mais cela ne rouvrirait par la voie contentieuse.

On est ainsi indéfiniment autorisé à formuler une

(1) La loi du 13 avril 1900 a réduit à deux mois le délai du recours au Conseil d'Etat dans tous les cas où une loi spéciale n'en avait pas disposé autrement.

(2) V. *infra*, la combinaison du recours hiérarchique avec le recours contentieux.

requête auprès de l'administration, mais encore faut-il n'avoir pas librement consenti à l'exécution de la mesure que l'on dénonce. En acquiesçant à un acte, on renonce par là implicitement et définitivement à s'en plaindre plus tard. Toutefois, cette acceptation ne résulterait que d'un fait concluant, un long silence ne suffirait pas.

Pour ne pas sembler revenir aux anciennes évocations et pour laisser les justiciables à leurs juges naturels, le Conseil d'Etat admet que l'existence d'un recours direct et parallèle exclut le pourvoi en annulation.

Si peu justifiée que soit cette appréhension quand il s'agit de la juridiction du Conseil d'Etat, elle l'est moins encore quand il s'agit de la juridiction gracieuse. Celle-ci ne doit pas être confinée dans le domaine des actes inattaquables. La simplicité ou la plus grande efficacité du recours hiérarchique le feront parfois préférer à l'action contentieuse quand elle se cumule avec lui, mais il est désirable qu'il en soit souvent ainsi et que les procès soient évités. Ces deux procédures ne sont jamais incompatibles, elles se complètent mutuellement, au point que l'une est fréquemment le préliminaire obligatoire de l'autre.

De plus, le recours hiérarchique ne saurait être un prétexte à des évocations au détriment des fonctionnaires inférieurs, puisque le supérieur ne peut statuer

de plano et empiéter sur leurs attributions (1).

Donc, quels que soient les moyens de défense que l'on ait par ailleurs, on est toujours autorisé à en référer d'abord à l'autorité supérieure, et non seulement aucun texte ne contredit cette assertion, mais il en est qui la confirment (2).

De tout ce qui précède, nous concluons qu'il n'est apporté en fait aucune entrave à la faculté qu'ont les particuliers d'intenter le recours hiérarchique, car ses règles se prêtent à une interprétation très libérale (3). Les conditions de recevabilité sont peu nombreuses et faciles à réaliser. Si elles venaient à ne pas être exactement remplies, l'administration aurait le privilège de ne pas s'en prévaloir.

Mais cela ne veut pas dire que le chef hiérarchique ait toujours une liberté illimitée. En certaines circonstances, elle ne lui appartient plus. Tout acte qui

(1) Laferrière, *op. cit.*, II, 2^e édit., p. 482. — Perreau, « Le contrôle hiérarchique », *Revue du droit public*, 1897, t. VII et VIII et spécialement § 7.

(2) Cette solution découle par analogie notamment de l'article 88 de la loi du 10 août 1871.

(3) Il est intéressant de remarquer à ce propos que le recours hiérarchique lorsqu'il est dirigé contre les actes des autorités décentralisées n'est pas si largement ouvert. Il lui est imparti un délai (loi 5 avril 1884, art. 66 — loi 10 août 1871, art. 47, 49. — Conseil d'Etat, 6 juillet 1888, D. 89 3.10), il est quelquefois exclu par le recours contentieux (Conseil d'Etat, 4 janvier 1895, D. 96.3.8), enfin il est nécessaire que les parties démontrent un intérêt direct et personnel (Conseil d'Etat, 9 août 1889, D. 91.3.28).

a donné naissance à des droits au profit des tiers est irrévocable. Nul ne peut plus l'anéantir ni même le réformer qu'autant qu'il n'est pas porté atteinte à ces droits acquis.

L'autorité administrative ne peut pas non plus discuter l'acte qui a été incorporé à la décision d'un supérieur plus élevé ou confirmé par ce dernier. Ce serait méconnaître les principes de la subordination. Enfin, quand un acte a servi de point d'appui à un jugement ayant force de chose jugée, il doit être respecté par l'administration. Par exemple la validité d'une déclaration d'utilité publique suivie d'un jugement d'expropriation ne doit plus être contestée (1).

§ 2. — *Motifs du Recours.*

Quels sont les motifs qu'invoqueront les particuliers à l'appui de leurs réclamations ?

En général, la réclamation sera fondée sur l'inobservation de la loi pénale, civile ou administrative.

Le fonctionnaire coupable d'un attentat à la liberté individuelle, d'une violation de domicile, engagerait gravement sa responsabilité et de pareilles fautes

(1) Laferrière, *op. cit.*, II, p. 471. Conseil d'Etat, 16 décembre 1892 (Grados). — Cf. 2 décembre 1892 (Jullien). — Cornemin, *op. cit.*, I, p. 181 et 185.

pourraient motiver une intervention énergique de la part de ses supérieurs. En matière délictuelle, le recours hiérarchique ne trouvera d'ailleurs que de rares applications, car les intéressés, en saisissant les tribunaux, obtiendront des réparations (dommages-intérêts) qu'un chef hiérarchique n'est pas qualifié pour accorder. Ils ne s'adresseraient à lui que s'il était en mesure de leur donner entière satisfaction.

Les infractions à la loi civile ou administrative seront beaucoup plus fréquentes. A leur égard, le recours hiérarchique n'a également qu'un rôle accessoire, puisqu'elles peuvent donner lieu à une action judiciaire (1).

Ainsi, le préfet est incompétent pour révoquer les commissaires de police dont il n'a pas la nomination, et il ne révoque ceux qu'il a nommés qu'avec l'approbation du ministre de l'Intérieur. Une destitution prononcée au mépris de ces règles serait annulable pour incompétence ou vice de forme. S'il refuse un alignement individuel dans le but de ménager les intérêts pécuniaires de l'administration, il commet un détournement de pouvoir. Enfin, il viole la loi et les droits acquis lorsqu'il réglemente comme cours d'eau navigable un cours d'eau revendiqué par un particulier.

(1) Nous ferons provisoirement abstraction des cas où le recours hiérarchique devient une condition de l'exercice du recours contentieux.

De même, toutes les fois que l'acte incriminé a violé un droit quelconque, il peut faire l'objet d'un recours contentieux proprement dit, soit devant la juridiction civile, soit devant la juridiction administrative.

Dans tous ces cas cependant, le recours hiérarchique présente pour les parties de grands avantages. Il n'a pas les lenteurs inévitables ni tous les inconvénients d'un procès et a parfois des effets bien plus étendus. Il peut aboutir à une réformation, tandis que le juge de l'excès de pouvoir n'a pas même la faculté de prescrire les mesures qui seraient la conséquence normale de l'annulation.

Le contentieux de pleine juridiction risque de ne pas constituer non plus une garantie absolue. Par exemple, les marchandises saisies en douane et susceptibles de se détériorer sont vendues aux enchères publiques et le produit demeure consigné jusqu'à ce que les contestations qui ont pu s'élever sur la régularité de l'opération soient tranchées par les tribunaux civils. Mais, à supposer que le prix de la vente joint à une indemnité éventuelle corresponde à la valeur de ces marchandises et à la perte subie, il est certain qu'une restitution immédiate sauvegarderait infiniment mieux les intérêts de leur propriétaire. Or, un supérieur aurait seul le pouvoir d'ordonner cette restitution.

A défaut d'illégalité, les particuliers peuvent arguer

de l'inopportunité des actes qu'ils ont nui. Le recours hiérarchique « est aussi large que possible, il peut porter sur des questions de fait, d'opportunité aussi bien que sur des questions contentieuses » (1).

Aussi lorsqu'une décision inattaquable se heurte à des intérêts légitimes, quand elle ne répond à aucune nécessité présente ou future, les administrés sont encore en droit d'espérer qu'elle ne sera pas maintenue (2).

Le ministre est libre d'annuler un règlement préfectoral qui lui paraît inutile et gênant. Rien ne l'empêche de réintégrer dans ses fonctions l'agent qui a été suspendu par un chef de service, quand cette pénalité disciplinaire ne lui semble pas équitable.

A ce sujet, nous observerons qu'il existe de notables différences entre les autorités décentralisées. Ces dernières étant mieux placées pour gérer leurs propres affaires, il est logique de ne pas les soumettre à une surveillance aussi étroite. C'est pourquoi les prérogatives des supérieurs chargés de la tutelle sont souvent limitées au droit de suspension (3) ou d'approbation (4) vis-à-vis des décisions entachées d'une simple inopportunité. Quelquefois le contrôle est confié à

(1) Laferrière, *op. cit.*, I, p. 395.

(2) Il en serait de même si les délais impartis pour l'exercice du recours contentieux étaient écoulés.

(3) Loi, 10 août 1871, art. 49.

(4) Loi, 5 avril 1884, art. 68.

une autorité décentralisée. Ainsi certaines délibérations du Conseil municipal sont portées en appel devant le Conseil général, « juge d'équité » (1).

Les particuliers auront encore à souffrir des abstentions et de la négligence systématique des fonctionnaires.

Jusqu'à ces dernières années, le recours hiérarchique était l'unique moyen de contraindre l'inférieur à agir et ceci est resté vrai lorsqu'on demande à l'administration une faveur, une concession dont le refus ne saurait faire naître aucune action. Par contre, si au lieu de solliciter une faveur, les citoyens réclament l'accomplissement d'un acte auquel ils ont droit, nous verrons qu'ils sont désormais protégés contre l'inaction administrative qui équivaut alors à un vrai déni de justice.

Ainsi, illégalité, inopportunité, abstention, tels sont les trois griefs qu'invoqueront les parties devant le supérieur hiérarchique.

§ 3. — *Procédure du recours.*

La procédure gracieuse est très simple. L'affaire est introduite par une requête sur papier timbré. Il en

(1) Loi, 5 avril 1856, art. 10.

est délivré récépissé. La loi prévoit même parfois le remboursement des frais de timbre quand les prétentions émises ont été reconnues justes (1).

Nous savons que l'exercice du pouvoir hiérarchique appartient exclusivement aux agents qui ont la qualité d'autorité administrative : maires, sous-préfets, préfets, ministres et par délégations certains chefs de service. La requête sera soumise à l'un de ces supérieurs, à celui dont relève directement l'auteur de la mesure incriminée. Un recours intenté devant tout autre fonctionnaire n'aurait aucune portée en droit sinon en fait.

On a soutenu qu'il fallait préalablement en référer à l'auteur de la division incriminée (2). Mais cette obligation ne repose sur aucun motif juridique ou pratique. Toutefois, quand un acte de puissance publique a suscité des difficultés dans son exécution ou postérieurement, on doit tout d'abord en demander l'interprétation à celui qui en a pris l'initiative ou qui serait actuellement qualifié pour en prendre l'initiative. Ce n'est qu'après cette interprétation, si elle n'est pas jugée satisfaisante, qu'il sera possible de se pourvoir devant le supérieur (3).

(1) V. par exemple, loi 6 décembre 1897.

(2) *Dalloz*, J. G. V^o règlement administratif, n^o 92.

(3) *Laferrière*, *op. cit.*, II, p. 615. L'interprétation des actes de gestion, d'un contrat, par exemple, appartient à la juridiction compétente pour en connaître au fond.

En dehors de cette hypothèse, le recours gracieux est facultatif. On ira donc directement devant le supérieur compétent, en tenant compte des particularités que peut présenter l'organisation hiérarchique. Ainsi le maire, sauf exception, n'est pas le subordonné du sous-préfet : il ne relève que du préfet (1).

Lorsqu'une première tentative n'a pas donné les résultats attendus, lorsque l'acte dont on se plaint a été confirmé, on peut alors s'adresser au supérieur plus élevé et remonter successivement tous les degrés de la hiérarchie tant qu'elle n'est pas épuisée.

Est-il permis de ne pas saisir le chef immédiat, de déférer au ministre l'acte du maire sans passer par l'intermédiaire du préfet ? Théoriquement, la hiérarchie est de droit public il ne doit pas y être dérogé. Mais cette solution est inadmissible, car si le préfet, par exemple, a pris pour base d'une de ses décisions l'acte du maire, elle conduit à dire que cet acte ne peut être dénoncé au ministre et que le recours hiérarchique se trouve fermé.

D'ailleurs, le supérieur possède un droit de contrôle sur tous ses subordonnés quels qu'ils soient et il ne convient pas d'y apporter une semblable restriction surtout quand cette restriction est de nature à compromettre les intérêts des particuliers.

(1) De même certaines lois ont parfois établi des règles spéciales à ce sujet. V. par exemple, loi 12 avril 1892, art. 2.

Il n'est donc pas absolument nécessaire de suivre l'ordre de la hiérarchie administrative (1). Mais encore faut-il tenir compte du principe de la séparation des hiérarchies et ne pas porter au département de l'Agriculture une réclamation qui est de la compétence du ministre des Travaux publics. Cependant, un recours formé dans ces conditions ne serait pas dénué de toute efficacité ; la jurisprudence admet qu'il proroge les délais de l'action contentieuse (2).

Après réception du recours, il est procédé dans les bureaux de l'administration à une rapide instruction sur mémoires. A Paris, les parties sont autorisées à se faire représenter par un avocat au Conseil d'Etat, toutes les fois que l'affaire a un caractère contentieux.

Puis, le chef hiérarchique statue sans être tenu de motiver sa détermination puisqu'il ne rend pas une sentence. On a souvent affirmé le contraire en s'appuyant sur le décret du 2 novembre 1864 qui exige « une décision spéciale », lorsque la matière est contentieuse (3). S'il en était ainsi, on ne s'expliquerait

(1) V. par exemple, Conseil d'Etat, 9 août 1889, Lebon, p. 959. En ce sens : Perreau, *op. et loc. cit.*, § 7. — Contra : Hauriou, *op. cit.*, p. 243.

(2) Conseil d'Etat, 6 janvier 1895. D. 96.3.8 — 24 février 1905, D. 1906.3.95.

(3) « Les ministres statuent par des décisions spéciales sur les affaires qui peuvent être l'objet d'un recours par la voie contentieuse », art. 6.

pas pourquoi les rédacteurs de ce texte ne se sont pas exprimés plus clairement, comme l'ont fait les rédacteurs de la loi de 1871 et du décret de 1852 (1). « Décision spéciale » signifie : décision prise dans la forme des actes ordinaires de l'autorité.

L'absence de motifs ne serait donc pas une cause de nullité, d'autant plus que les nullités sont de droit étroit (2). Néanmoins, la décision sera toujours motivée, au moins sommairement, et contiendra le visa des textes. Enfin, elle sera notifiée aux intéressés par les soins de l'administration, dans un délai de quatre mois.

Contre cette décision, les parties et toute personne intéressée ont le droit d'user, suivant les circonstances, de tous les modes de recours ordinaires : recours hiérarchique ou contentieux.

Mais il ne faut pas oublier que la juridiction ne peut se montrer aussi large que l'autorité administrative sur la recevabilité du recours. Ainsi quand le vice de l'acte annulé par le supérieur était l'inopportunité, le recours pour excès de pouvoir dirigé contre cette annulation devra se fonder sur des moyens de droit : la question d'opportunité ne saurait être posée devant le Conseil d'Etat.

(1) Loi 10 août 1871, art. 49. D. 17 février 1852, art. 22.

(2) En ce sens : Laferrière, *op. cit.*, I, p. 407 — D. en Conseil d'Etat du 16 mai 1891, *Revue gén. d'adm.*, 1891.2.194. — Conseil d'Etat, 21 juin 1895 (Cames), 2 juillet 1880 (Maillard). — Contra : Aucoc, *Conférences*, I, 3^e édit., p. 625.

De même, si l'on poursuit à la fois l'acte du supérieur et l'acte du subordonné, il faut invoquer contre chacun d'eux un vice propre, car le chef hiérarchique ne s'est pas forcément approprié les vices de l'acte de son inférieur du seul fait qu'il ne l'a pas annulé ou réformé (1).

Quant au subordonné dont la décision a été redressée ou anéantie, il n'a aucun sujet de se plaindre parce qu'il n'a pas été mis en cause. Le contrôle ne vise que la fonction et non pas le titulaire. De plus, une protestation quelconque de sa part équivaldrait à un refus d'obéissance (2).

Enfin, remarquons en terminant que la procédure gracieuse ne comporte pas les incidents d'une instance judiciaire. Ainsi les tiers ne peuvent pas agir par voie de tierce opposition contre la décision qui les a lésés : ils peuvent seulement demander au supérieur de la rapporter et ce n'est pas la même chose. En effet, si la décision est maintenue, il n'y a pas un nouvel acte faisant courir un nouveau délai pour l'appel contentieux (3).

(1) Conseil d'Etat, 27 décembre 1887, D. 89.3.13.

(2) Nous avons déjà vu que la règle inverse était appliquée aux autorités décentralisées. La loi leur accorde une certaine autonomie et en même temps le droit de la défendre. C'est pourquoi les arrêts de la jurisprudence en matière de contrôle hiérarchique concernent presque toujours les autorités décentralisées.

(3) Conseil d'Etat, 4 avril 1856, D. 56.3.61. — Cf. Conseil d'Etat, 20 février 1880, Lebon, p. 186.

§ 4. — *Effets du Recours.*

Le recours hiérarchique n'est pas suspensif d'exécution, pas plus que le recours contentieux (1), sinon l'action administrative serait arrêtée toutes les fois que surgirait une difficulté. Ceci résulte de ce que M. Hauriou appelle le « privilège du préalable ». Les particuliers sont obligés de s'incliner devant les prétentions ou les injonctions de l'administration, sauf à faire valoir leurs droits ultérieurement. Ce principe s'applique aussi bien aux actes de puissance publique qu'aux actes de gestion, ce qui prouve que, même dans l'accomplissement de ces derniers, toute autorité ne disparaît pas (2).

En présence de la réclamation qui lui est soumise, le supérieur peut annuler, réformer, ou confirmer l'acte de son inférieur, ou encore ne pas statuer.

S'il se décide pour la première de ces quatre solutions, il ne reste rien de l'acte incriminé, ni de ceux qui en ont dérivé. Il y a rétroactivité sous la seule condition de ménager les droits acquis aux tiers.

Lorsque le motif du recours n'a pas été l'illégalité

(1) La juridiction du Conseil d'Etat dispose cependant d'un droit de sursis.

(2) V. Hauriou, *Précis*, 4^e édit., p. 446.

mais une simple inopportunité, il peut paraître suffisant d'en limiter les effets à l'avenir. Néanmoins il n'y a pas lieu de distinguer entre ces deux cas : ce qui est mauvais dans le présent ne saurait être bon dans le passé (1). Si nous supposons qu'un règlement préfectoral régulier a été annulé par le ministre, les arrêtés du Conseil de préfecture qui l'ont sanctionné sont, eux aussi, annulables sur appel au Conseil d'Etat.

D'ailleurs, il est toujours préférable pour les intéressés de faire annuler par un supérieur l'acte qui les blesse plutôt que d'exercer le recours pour excès de pouvoir. Il n'appartient qu'à l'autorité administrative d'ordonner toutes les mesures en conformité de la décision intervenue et surtout d'empêcher que l'acte ne soit refait par le subordonné.

En effet, à moins qu'il n'y ait eu violation de la loi et des droits acquis, l'acte annulé par le Conseil d'Etat peut être refait par l'administration. Et si les formalités prescrites ont été remplies, si les règles de compétence ont été observées, s'il n'y a pas eu abus de pouvoir, cet acte est désormais inattaquable, alors même qu'à côté du grief précédemment invoqué on aurait à lui opposer des considérations d'équité ou d'inopportunité.

Un instituteur révoqué par le préfet sans l'avis de la Commission départementale et qui a obtenu l'annu-

(1) *Sic* : J. G. V^o communes, n^o 95. V. également, *eodem*, n^o 731, note 1.

tion de cette mesure illégale, peut être frappé à nouveau et, cette fois, régulièrement. Au contraire, si cette pénalité disciplinaire ne lui semble pas méritée, il est fort probable que le ministre après avoir annulé l'arrêté préfectoral saura protéger le fonctionnaire menacé et que le préfet se conformera à ses instructions.

Lorsque le supérieur estime que tout n'est pas répréhensible dans l'acte de son inférieur, il se contente de le corriger dans le sens qu'il croit le plus favorable aux intérêts du service et des administrés. La décision produira ses effets rétroactivement : les actes qu'elle aura laissés intacts subsisteront seuls.

Ainsi le préfet réforme les actes du maire relatifs à la police générale. Mais le droit de réformation n'existe jamais vis-à-vis des mesures qui ont été prises en vertu d'un pouvoir propre. Celles-ci doivent être anéanties purement et simplement.

Quand l'acte incriminé est irréprochable, l'autorité le confirme et rejette la requête qui lui a été présentée.

Cette approbation ne constitue pas un acte nouveau comme l'annulation ou la réformation : *qui confirmat nihil dat* (1). De là découlent trois conséquences très importantes.

Tout d'abord, si l'affaire se poursuit devant une juridiction, c'est l'acte du subordonné et non la confirmation du supérieur qui sera l'objet du débat.

(1) Il en est différemment quand l'acte attaqué n'avait pas par lui-même la valeur d'une décision.

De plus, la décision du supérieur prolonge le délai de l'action contentieuse mais ne le fait pas renaître (1).

Enfin l'approbation donnée ne lie pas celui dont elle émane car elle ne crée aucun droit. Le chef hiérarchique peut dans la suite revenir sur sa détermination soit *proprio motu*, soit sur l'initiative des intéressés. Par contre, l'inférieur se trouve lié et ne peut plus toucher à ce qui a été confirmé (2). Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que le rejet n'ait pas impliqué confirmation ; or, ceci est difficile à concevoir en dehors du cas où l'autorité supérieure s'est bornée à garder le silence.

Sans doute, la nature même du recours hiérarchique nous permet de penser que le supérieur ne serait pas lié davantage si au lieu d'avoir confirmé il avait annulé ou réformé. Mais cette assertion, exacte en théorie, ne l'est plus en pratique, parce que la réformation ou l'annulation ont engendré un droit pour les particuliers qui l'ont sollicitée. Pour n'être pas définitive, la décision doit ne pas avoir profité aux parties (3).

La dernière solution est celle qui consiste pour le

(1) V. *infra*, la combinaison du recours hiérarchique avec le recours contentieux.

(2) A cet égard, l'indépendance des autorités décentralisées est beaucoup mieux assurée. La décision de l'autorité hiérarchique qui approuve ou refuse d'annuler une délibération n'oblige pas les Assemblées départementale et communale. Celles-ci conservent la faculté de renoncer à l'acte qu'elles s'étaient proposé de faire.

(3) Conseil d'Etat, 12 août 1879, Lebon, p. 656, note 1 — 16 février 1894, D. 95.3.30. — Laferrière, *op. cit.*, I, p. 408.

supérieur à ne pas répondre à la demande des requérants.

En matière d'actes discrétionnaires soustraits à tout recours, le silence des autorités est interprété comme un rejet sans qu'il en résulte de sérieux inconvénients. Il ne fait même pas obstacle, selon nous, à ce que les particuliers s'adressent à un supérieur plus élevé, puisqu'ils ne sont pas rigoureusement astreints à parcourir tous les échelons de la hiérarchie.

Mais quand une décision du chef hiérarchique est indispensable pour ouvrir la voie contentieuse, le silence prolongé fournit à l'administration un détour commode pour échapper au contrôle des juridictions. Cette question nous amène ainsi à l'étude de la combinaison de l'action hiérarchique avec l'action contentieuse.

Avant de l'aborder, nous ajouterons que les effets de la procédure gracieuse ne sont pas uniquement ceux que nous venons d'énumérer bien que ce soient les plus habituels. L'action du supérieur peut se manifester sous les formes les plus diverses : ordres, prohibitions, abstentions, etc. C'est ainsi que le ministre prescrira les actes qu'il n'est pas qualifié pour accomplir lui-même et que le préfet refusera d'approuver une adjudication dont on lui aura signalé les irrégularités.

SECTION III

Combinaison des recours hiérarchique et contentieux.

§ 1. — Combinaison des recours hiérarchique et contentieux au point de vue des délais.

L'exercice combiné du recours hiérarchique et du recours contentieux a suscité plusieurs difficultés et de nombreuses controverses.

Ces difficultés sont de deux sortes, les unes concernent les délais, les autres la « création du contentieux ».

Si des réclamations peuvent être portées à toute époque devant un supérieur, il ne saurait en être de même devant la juridiction du Conseil d'Etat. Les dernières lois ont, au contraire, réduit à deux mois le délai imparti pour agir devant elle (1). Il importe, en effet, que les actes de l'administration ne soient pas trop longtemps exposés à des poursuites.

(1) L. 22 juillet 1829, art. 57. — Cependant les lois spéciales qui ont pu fixer une autre durée ne sont pas abrogées.

Dès lors, on s'est demandé si la décision du supérieur, rendue même après extinction du délai de l'action contentieuse, ne faisait pas renaître ce dernier. Ce problème, qui s'est posé à propos des ministres, doit se résoudre par une distinction.

Quand le ministre a annulé ou réformé, il a fait un acte nouveau. Cet acte pourra froisser des intérêts, violer des droits qui n'avaient pas été atteints auparavant. Aussi les tiers, qui n'attaquent point l'acte primitif mais bien le fait qu'il a été modifié ou supprimé, ont le délai ordinaire de deux mois pour se pourvoir devant le Conseil d'Etat. Ceci du reste n'a jamais été mis en doute par personne.

Mais lorsque le ministre a simplement maintenu l'acte du subordonné, lorsque rien n'a été changé à l'état de choses préexistant (1), les particuliers peuvent-ils se prétendre lésés par la décision ministérielle ? Si oui, l'action contentieuse leur est indéfiniment ouverte, car pour déférer au Conseil d'Etat un acte quelconque, si ancien soit-il, il suffira de le faire confirmer par l'autorité supérieure.

Adopter un semblable système c'est admettre que les mesures prises par l'administration ne sont jamais irrévocables et que, pour elle, il n'y a jamais prescription. Cette instabilité serait préjudiciable à la

(1) Une prétendue confirmation qui serait, en réalité, une décision nouvelle donnerait certainement lieu à un recours contentieux. Conseil d'Etat, 18 mai 1906, Lebon, p. 443.

marche des services publics et néfaste pour les individus dont les droits seraient sans cesse remis en discussion.

Ce fut cependant la thèse consacrée par la jurisprudence. En 1862, le Conseil d'Etat avait déclaré non recevable le pourvoi dirigé contre un arrêté préfectoral vieux de cinq ans. Le demandeur ayant, dans l'intervalle, obtenu du ministre la confirmation de l'acte incriminé, un arrêt du 9 février 1865 accueillit sa requête (1).

Avant 1864, cette solution n'eût peut-être pas présenté de sérieux dangers à cause de la faculté qu'avait le ministre de ne pas statuer sur les affaires qui lui étaient soumises et, conformément à la théorie du ministre-juge, il fallait souvent passer par son intermédiaire avant d'aborder la juridiction administrative. Mais cet avantage avait disparu depuis le décret du 2 novembre 1864.

Son article 7 était ainsi conçu : « Lorsque les ministres statueront sur des recours contre les décisions d'autorités qui leur sont subordonnées, leur décision devra intervenir dans le délai de quatre mois à dater de la réception de la réclamation. Après l'expiration de ce délai, s'il n'est intervenu aucune décision, les parties peuvent considérer leur réclamation comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'Etat. » Le

(1) Conseil d'Etat, 9 février 1865, D. 65.3.66. — V. dans l'arrêt Bizet, du 13 mars 1867, les conclusions de M. Aucoc.

silence était assimilé à un rejet formel et ne permettait plus au ministre de défendre utilement les actes de ses inférieurs. Le Conseil d'Etat s'aperçut des fâcheux résultats qu'allait provoquer sa jurisprudence et ne tarda pas à l'abandonner.

On adopta la transaction suivante : le recours hiérarchique proroge le délai du recours contentieux mais ne le revivifie pas. Il faut donc s'adresser au ministre dans les deux mois qui ont suivi la notification ou la publication de l'acte. En ce cas, on a pour saisir le Conseil d'Etat un second délai de deux mois à dater de la réponse du ministre ou, s'il n'a pas répondu, à dater de l'expiration du quatrième mois de silence (1).

Cette jurisprudence n'a pas été restreinte au seul recours pour excès de pouvoir : elle a été étendue aux recours contentieux de pleine juridiction dont le Conseil d'Etat connaît en premier ressort (2).

Enfin, la loi du 17 juillet 1900 ayant repris la disposition contenue dans l'article 7, lui a donné une portée beaucoup plus large. Aussi ce que nous venons de dire du ministre s'applique intégralement à toutes les autorités investies d'un pouvoir propre. Désormais

(1) Conseil d'Etat, 18 avril 1881, D. 42.3.49 — 7 mars 1890, D. 91.3.89 — 23 janvier 1891, D. 92.3.76 — 30 novembre 1894, S. 96.3.150 — 20 février 1889, Lebon, p. 186. — V. Berthélemy, *Droit administratif*, 3^e édit., p. 886, note 4.

(2) Conseil d'Etat, 3 février 1893 (ville de Paris). — V. Hauriou, *op. cit.*, p. 305, note 1.

les particuliers qui poursuivent devant le préfet l'acte d'un maire bénéficient d'un délai supplémentaire comme ceux qui poursuivent devant le ministre l'acte d'un préfet et dans les mêmes conditions (1).

Ainsi on a toujours le droit de préférer le recours hiérarchique, mais il ne faut pas que ce droit serve de prétexte pour rouvrir la voie contentieuse. « On concilie donc l'intérêt qu'a la partie à conserver cette option avec la nécessité d'agir dans un certain délai et cela parce que l'esprit général de la législation est de soumettre à un très bref délai les actions qui peuvent mettre en suspens la validité des actes administratifs (2). »

Ce n'est pas amoindrir l'efficacité du recours hiérarchique, ni lui faire subir la répercussion du caractère limité de l'action contentieuse. Ce recours est, en principe, une voie de droit parallèle qui a pour but d'offrir aux administrés un moyen de protection accessoire. Or, les requérants en ont profité alors même que l'autorité aurait confirmé l'acte qui lui a été signalé comme répréhensible. Voie de droit ne signifie pas gain de cause (3).

Logiquement il faudrait même aller plus loin que n'a été la jurisprudence et reconnaître à ces deux pro-

(1) Conseil d'Etat, 17 août 1903, D. 1905.3,8 — 19 janvier 1906, Lebon, p. 42.

(2) Laferrière, *op. cit.*, II, p. note 1.

(3) V. Otto Mayer, *op. cit.*, I, p. 195.

cédures une complète indépendance mutuelle (1).

Le recours contentieux est un appel administratif devant le Conseil d'Etat : celui-ci ne doit donc pas être toujours accessible. L'expiration du délai d'appel fait présumer un acquiescement sur lequel il est impossible de revenir, car la prescription s'impose en matière administrative tout autant qu'en matière civile. Par conséquent, si le recours hiérarchique aboutit à une confirmation expresse ou tacite, il ne saurait avoir aucune influence sur l'action contentieuse.

Cette théorie très rationnelle est cependant en contradiction avec les termes du décret de 1864 et de la loi de 1900. Ces deux textes autorisent les parties à se pourvoir devant le Conseil d'Etat après un silence de quatre mois. A ce moment, le délai normal de deux mois étant nécessairement passé, il faut bien en conclure que le recours hiérarchique a eu pour effet de le prolonger. Comme, d'autre part, il n'y a pas de raison pour ne pas accorder à une confirmation expresse un effet analogue, le parti auquel s'est rangé la jurisprudence paraît bien concorder avec les intentions du législateur.

Le Conseil d'Etat se montre d'ailleurs très libéral à ce sujet puisqu'il juge parfaitement valable un recours formé devant une autorité qui n'est pas compétente

(1) V. en ce sens la note dans *Dalloz*, 1882.3.49.

pour le recevoir. Ceci provient sans doute du désir de ne pas faire supporter aux intéressés les suites d'une erreur que les remaniements incessants apportés à la distribution des services publics rendent souvent excusable. De plus, si la protestation qui emprunte la voie hiérarchique est un acte interruptif de prescription, n'est-il pas juste de s'attacher surtout à la volonté des parties pourvu qu'elle soit clairement exprimée (1).

Telle est la règle suivie par la juridiction administrative suprême toutes les fois que le recours hiérarchique se cumule avec l'action contentieuse. Elle ne souffre aucune exception, du moins à l'égard des autorités centralisées (2).

(1) Conseil d'Etat, 24 février 1905, D. 1906.3.95. — Il faut cependant qu'il ne s'agisse pas d'une réclamation qu'aucun supérieur ne pourrait accueillir. V. à ce sujet les observations de M. Brémont dans la *Revue critique*, 1896, p. 3.

(2) En ce qui concerne les décisions des autorités décentralisées le recours hiérarchique est parfois considéré comme exclu par l'action contentieuse que la loi accorde aux intéressés : loi 5 avril 1884, art. 67. En ce sens : Conseil d'Etat, 14 janvier 1887, D. 88.3.54 — 4 janvier 1895, D. 96.3.8. — Cf. 2 mai 1890, D. 91.3.105. — En d'autres cas, les deux procédures demeurent absolument indépendantes et l'exercice du recours hiérarchique ne prolonge pas le délai du pourvoi contentieux : Loi 10 août 1871, art. 88, Conseil d'Etat, 1^{er} février 1884 (Lasoignas).

§ 2. — *Du recours hiérarchique comme moyen
de créer le contentieux.*

Le recours hiérarchique n'a pas uniquement le rôle accessoire que nous lui avons précédemment attribué : il devient parfois le préliminaire obligé de l'action contentieuse.

Tous les actes de l'administration sont juridiques en ce sens qu'ils sont tous plus ou moins astreints à certaines conditions externes de validité, mais tous ne sont pas par eux-mêmes une matière à litige. Pour créer le contentieux une décision est nécessaire. « On ne peut, en général, écrit M. Laferrière, citer *de plano* l'administration et exhiber ses réclamations ; l'objet du débat contentieux est une décision préalable d'un administrateur (1). »

Celle-ci suppose des éléments de fond et de forme (2).

L'élément de fond est une manifestation de volonté positive en vue de produire un effet de droit, c'est-à-dire en vue de faire naître une situation juridique nouvelle ou en vue de modifier celle qui existe déjà.

(1) Laferrière, *Juridiction administrative*, I, 2^e édit., p. 322. — Plus loin M. Laferrière ajoute : « Juge ordinaire du contentieux doit être entendu : juge ordinaire des décisions administratives. »

(2) Hauriou, *op. cit.*, p. 276 et suiv.

On exclut par là, le silence gardé par l'administration, les instructions de service, enquêtes, expertises qui n'apportent aucun changement à l'état actuel des choses ou les mesures d'exécution qui n'ajoutent rien à des décisions prises antérieurement (1). Ainsi l'avertissement du percepteur se borne à appliquer une décision qui est en l'espèce l'arrêté préfectoral en vertu duquel le rôle des contributions directes est devenu exécutoire. L'enquête *de commodo et incommodo* qui ouvre la procédure de l'expropriation ne sert qu'à préparer l'acte déclaratif d'utilité publique.

Il faut cependant remarquer que si de tels actes sont incapables de créer le contentieux, ils peuvent en quelque sorte le motiver indirectement. Une enquête *de commodo et incommodo* ne saurait être mise en cause elle-même devant un tribunal ; mais si elle a été irrégulièrement effectuée, le décret qui l'a suivi se trouve vicié, est susceptible d'un recours pour excès de pouvoir et, si l'annulation en est prononcée, les deux actes tomberont du même coup.

La décision est soumise à différentes conditions de forme. Elle émane des seuls fonctionnaires que nous avons appelés des autorités. « L'acte d'un agent non investi d'un pouvoir de décision ne constitue pas une mesure à raison de laquelle un droit puisse naître ou

(1) V. Conseil d'Etat, 5 février 1892 (Courmont) — 9 juin 1893 (Delhomme) — 9 mars 1906, Lebon, p. 217 — 9 mars 1906, Lebon, p. 217.

être violé et ne peut avoir, quand il est valable, qu'un caractère préparatoire ou d'exécution (1). »

Les autorités statuent habituellement par voie d'arrêté, de décret, mais il leur arrive de statuer aussi par une simple lettre missive. Une dépêche ministérielle communiquée aux intéressés a toute la valeur d'une décision (2). En tout cas, un écrit daté et signé est indispensable.

Enfin la décision est rendue dans la forme exécutoire, elle tire d'elle-même toute sa force sans approbation ni délai (3).

Il résulte de ce que nous venons de dire que les particuliers lésés qui tiennent à s'assurer l'accès de la juridiction administrative et qui ne peuvent invoquer une décision, doivent la provoquer par un recours hiérarchique. En effet, s'il n'est pas fait droit à leur demande la décision de rejet sera le fondement d'une action contentieuse.

Mais cette règle est loin d'être absolue, il convient donc d'en délimiter la portée.

Tout d'abord, l'obligation d'une décision préalable est spéciale au Conseil d'Etat. Les contestations qui surviennent entre les administrés et l'Etat, le dépar-

(1) Bequet dans le Répertoire. V^o contentieux administratif, n^o 328. Cf. Conseil d'Etat, 27 juillet 1884 (Chay).

(2) Conseil d'Etat, 16 décembre 1904, D. 06.3.63.

(3) Par exception, les décisions des autorités décentralisées n'acquiescent parfois la force exécutoire qu'après approbation ou après expiration d'un certain délai.

tement ou la commune en sont dispensées lorsqu'elles appartiennent aux tribunaux civils ou au Conseil de préfecture. Les dommages causés par l'exécution des travaux publics ou par l'exploitation du domaine privé de l'Etat, les réclamations qui s'élèvent à propos des contributions indirectes ou à propos de certaines dettes du département ou de la commune sont *de plano* de la compétence des juridictions administratives ou civiles (1). Le demandeur est seulement tenu de se conformer aux prescriptions de la loi, car les instances intentées contre les Etablissements publics en général ne sont pas en tous points semblables aux instances ordinaires. Il est notamment tenu de déposer à la préfecture un mémoire exposant ses prétentions avant d'assigner en justice l'Etat, le département ou la commune (2).

Ainsi, une décision préalable n'est requise que devant le Conseil d'Etat. Par contre, elle est exigée pour exercer le recours en annulation comme pour exercer le recours contentieux proprement dit, pourvu toutefois que ce dernier soit porté devant le Conseil d'Etat en premier ressort.

(1) Conseil d'Etat, 1^{er} juin 1880 (Vigier) — 30 mai 1884 (Chambre de commerce de Brest) — 8 février 1895 (Compagnie de Lyon) — 25 mars 1895 (canal de Pierrelatte). — Cf. Hauriou, *op. cit.*, 4^e édit., p. 870, note 1.

(2) Arrêté, 10 thermidor, an IV — loi 10 août 1871, art. 124 — loi 5 avril 1884, art. 55.

Nous avons déjà brièvement indiqué les applications les plus importantes de ce principe.

En premier lieu, de nombreux textes interdisent expressément aux parties toute action contentieuse qui n'aurait pas été précédée d'un recours hiérarchique. Les élections des Chambres de commerce, du Conseil supérieur des Colonies et des différents Conseils de l'Enseignement public sont vérifiées par les ministres compétents avant d'être déferées au Conseil d'Etat.

En second lieu, c'est aux ministres que sont d'abord soumises toutes les plaintes dirigées contre les services publics qu'ils représentent. Ils sont appelés à trancher les difficultés qui surgissent à l'occasion des contrats passés par leur département, à moins qu'il ne s'agisse d'en fournir l'interprétation, car celle-ci ne saurait dépendre de l'un des contractants.

Les créanciers de l'Etat, la plupart du temps et avant toute poursuite, sont obligés de demander au ministre la déclaration et la liquidation de la somme qui leur est due. Ces opérations de comptabilité consistent à admettre l'existence de la dette, puis à en vérifier le montant et à fixer le crédit sur lequel on devra l'imputer. Tant que le ministre n'aura pas refusé d'accomplir ces formalités, tant que par une décision il n'aura pas nié l'existence de la dette ou n'en aura pas contesté le chiffre, le créancier n'est pas

admis à citer directement l'administration. Ceci s'applique aussi bien au règlement d'un compte-courant de trésorerie qu'au paiement d'un traitement ou à l'établissement d'un titre de pension.

De même, quand un particulier se croit victime d'un dommage par suite de l'exécution d'un service public, le Conseil d'Etat avant de statuer veut que le ministre se soit prononcé sur la réalité et l'étendue du dommage (1).

La théorie de la décision préalable n'est d'ailleurs pas restreinte à ces seuls cas, bien que ce soient les plus fréquents. En général, les parties ne peuvent aborder utilement le Conseil d'Etat si l'acte qui a lésé leurs intérêts ou méconnu leurs droits, n'est pas l'œuvre d'une autorité ou n'a pas les caractères d'une décision. Ainsi, les déterminations prises et notifiées par le directeur d'une administration centrale ne sont pas une matière contentieuse tant qu'elles n'ont pas été confirmées par le ministre (2).

Dans ces divers exemples, à défaut d'une décision il y a du moins un contrat, un rapport de fonction publique, un délit ou un quasi délit, un acte sur lequel les particuliers pourraient appuyer leurs récla-

(1) Conseil d'Etat, 21 mars 1879 (Mercier) — 25 mars 1892 (Viard) — 19 janvier 1894 (de Pins) (solution impliquée). — V. Artur, « Séparation de pouvoirs et séparation de fonctions », *Revue du droit public*, 1900, t. XIV, p. 436.

(2) Conseil d'Etat, 27 mai 1881 (Beauvais) — 27 juillet 1884 (Chay).

mations. Aussi, quand ils ne font que solliciter l'action administrative, quand ils n'ont à se plaindre que du silence et de l'inaction d'un fonctionnaire, en un mot quand il n'y a rien tant qu'une décision n'est pas intervenue, on comprend aisément qu'en l'absence de cette dernière tout recours juridictionnel soit impossible.

Le silence systématique opposé par le préfet à une demande d'alignement n'autoriserait pas le propriétaire riverain de la voie publique à se pourvoir devant le Conseil d'Etat, tandis qu'un rejet formel lui en donnerait le droit. Il n'aurait que la ressource d'en appeler au supérieur, c'est-à-dire au ministre, et une question d'indemnité pourrait tout au plus se poser ultérieurement, car la délivrance d'un alignement individuel ne figure certainement pas dans la catégorie des mesures discrétionnaires (1).

Nous n'avons parlé jusqu'ici que des ministres qui ont, au point de vue qui nous occupe, un rôle particulièrement important ; mais la solution est la même pour toutes les autorités. C'est ainsi que les créanciers de la commune ou du département ressortissant du Conseil d'Etat sont astreints à présenter devant cette juridiction une décision du Conseil municipal ou du Conseil général (2).

(1) Conseil d'Etat, 4 juillet 1884 (Harlingue).

(2) Conseil d'Etat, 6 novembre 1891 (Dardenne) — 13 mai 1892 (Richard).

Bien plus, lorsque la doctrine du ministre juge était encore en faveur, il fallait parfois, avant d'exercer le recours contentieux au fond, saisir le ministre alors même qu'un administrateur inférieur eut déjà rendu une décision. Le pourvoi en annulation était seul permis *omisso medio* (1) et les arrêts de la jurisprudence justifiaient cette dérogation par l'urgence qu'il y avait à réparer les violations de la loi.

En résumé, la décision étant une condition de l'action contentieuse, le recours hiérarchique aura souvent pour but de la provoquer. Sans doute, dans certaines des hypothèses que nous avons examinées, il n'y a pas un recours hiérarchique proprement dit parce qu'il n'y a pas de contrôle. La liquidation d'une pension par le préfet ou le ministre n'éveille aucune idée de surveillance. Cependant il y a toujours une prérogative hiérarchique réservée aux autorités. On ne peut d'ailleurs séparer ici les deux choses, puisque toutes deux ont pour effet de créer le contentieux.

Quoiqu'il en soit, ce privilège de l'administrateur risque d'enlever aux citoyens les garanties les plus élémentaires. En s'abstenant de statuer sur leurs requêtes, les fonctionnaires les empêchent de porter l'affaire devant le Conseil d'Etat (2).

(1) Laferrière, *op. cit.*, I, p. 408. Conseil d'Etat, 16 juillet 1886, Lebon, p. 614.

(2) Il faut observer à ce sujet que la discussion au fonds, des prétentions émises par la partie plaignante équivaut à une décision : Conseil d'Etat, 19 janvier 1906, Lebon, p. 72.]

Un fournisseur de l'Etat qui se voit refuser l'ordonnement de sa créance ne peut procéder que par voie de pétition aux Chambres. Sans doute, une semblable supposition est dépourvue de toute vraisemblance, mais l'inaction administrative est au contraire beaucoup plus facile à concevoir et la pratique en offre des exemples assez nombreux. Des maires ne laissent-ils pas trop souvent sans réponse des demandes d'alignement individuel ?

Le système de la décision préalable peut donc aboutir, en principe du moins, soit à un déni de justice, soit à un déni d'administration. Pour ce motif, la législation et la jurisprudence ont successivement introduit dans notre droit des améliorations telles que la question n'a plus guère qu'un intérêt théorique.

Un premier progrès fut réalisé en 1864. L'article 7 du décret du 2 novembre oblige le ministre, en certaines circonstances, à prendre une décision formelle dans un délai de quatre mois à dater de la réception de la réclamation. A l'expiration de ce délai, les parties sont en droit de considérer leur requête comme rejetée et d'exercer l'action contentieuse.

Mais les termes employés par le décret ne lui donnent pas une très grande portée. Il ne vise en effet que les recours contre les décisions d'autorités subordonnées au ministre (1). Il ne profite donc pas

(1) Conseil d'Etat : 27 mai 1881, Lebon, p. 564. — 21 mars 1879. Lebon, p. 240.

aux créanciers de l'Etat, ni à ceux qui sont liés avec lui par un contrat. Il ne profite pas non plus à ceux qui dénoncent au ministre le silence gardé par ses inférieurs ou des actes n'ayant pas la valeur d'une décision. L'article 7 doit être également écarté pour toutes les autorités autres que le ministre : les administrés qui sont en instance devant le préfet, par exemple, ne peuvent pas s'en prévaloir (1). Cette stricte interprétation fut toujours celle du Conseil d'Etat.

Quelques années plus tard, à l'époque où la conception du ministre-juge commençait à être abandonnée, une réforme opérée par la jurisprudence fit perdre au nouveau texte une grande partie de son utilité. Le ministre n'étant plus un juge, on devait logiquement permettre aux parties, non seulement de saisir le Conseil d'Etat après un silence de quatre mois, mais encore de le saisir directement lorsqu'il y avait eu déjà une décision et c'était précisément le cas prévu par le décret de 1864.

Les intéressés sont désormais dispensés d'obtenir une décision ou même de l'attendre. Ils ont le choix, c'est-à-dire qu'ils s'adresseront soit au tribunal, soit à l'administration et, s'ils adoptent ce dernier parti, l'article 7 leur assure une prolongation du délai du recours juridictionnel aux conditions que nous avons

(1) Conseil d'Etat : 6 mars 1869 (Hervé) (solution impliquée).

indiquées (1). « Il faut en conclure que partout où il existe une autorité ayant un droit de décision propre et pouvant prendre des décisions administratives exécutoires par elles-mêmes, un débat contentieux peut naître et que le Conseil d'Etat peut en être directement saisi (2). »

D'ailleurs cette innovation n'entrave nullement le contrôle du supérieur. On conserve toujours la faculté de soumettre l'affaire au ministre. De plus, les recours lui sont communiqués. Il peut encore à ce moment user de son pouvoir hiérarchique et mettre à néant l'acte de son inférieur. La procédure sera close par un arrêt portant « qu'il y a lieu de statuer ». S'il entend au contraire maintenir l'acte attaqué, il joindra à son avis toutes les pièces et observations de nature à éclairer les juges.

Malgré cela, le décret de 1864, comme le revirement de jurisprudence qui l'avait suivi, restait limité dans son application à certains cas déterminés et ne constituait qu'une première atténuation à la rigueur du principe de la décision préalable. Il fut d'abord complété par plusieurs loi spéciales. Ainsi, le ministre n'a qu'un mois pour statuer sur les difficultés que soulèvent les élections des Conseils de l'Enseignement

(1) Conseil d'Etat : 13 avril 1881, D. 83.3.49. — 16 juillet 1886, Lebon, p. 614.

(2) Laterrière, *op. cit.*, I, p. 408.

public (1) ; il a trois mois pour approuver les statuts des sociétés de secours mutuels (2).

Enfin la loi du 17 juillet 1900 vint achever l'œuvre entreprise sous le second Empire et régler définitivement la question : « Dans les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'Etat que sous la forme d'un recours contre une décision administrative, lorsqu'un délai de plus de quatre mois s'est écoulé sans qu'il soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'Etat. » (art. 5).

Le législateur a repris la disposition de l'ancien article 7 et lui a donné l'extension qu'on réclamait depuis longtemps à un double point de vue.

La loi nouvelle ne concerne plus exclusivement les ministres mais tous les fonctionnaires et toutes les assemblées possédant un droit d'administration propre : préfet, maire, conseil général, conseil municipal, etc. (3). D'autre part, elle ne s'applique plus seulement à certaines hypothèses mais à toutes les

(1) D. 16 mars 1880, art. 12 et 13. — D. 12 novembre 1886, art. 12.

(2) Loi du 1^{er} avril 1898, art. 16. — C'est aussi le désir de remédier aux inconvénients de l'inaction et de la négligence administratives qui a inspiré aux rédacteurs de la loi municipale les dispositions des articles 38 et 98.

(3) Conseil d'Etat : 7 août 1903, D. 05.3.8. — 19 janvier 1906, Lebon, p. 42.

décisions indispensables à la création du contentieux que ces autorités sont invitées à prendre. Il n'y a pas à distinguer entre le recours en annulation et le recours contentieux au fond, puisque le Conseil d'Etat est le juge ordinaire de l'un et de l'autre. Toutefois, en matière de contentieux proprement dit, il ne s'agira que des litiges portés devant cette juridiction en premier et en dernier ressort.

Ainsi les créanciers de l'Etat, de la commune et du département, justiciables du Conseil d'Etat, les particuliers qui ont contracté avec l'Etat ou ceux qui attaquent les élections des Chambres de Commerce peuvent, après un silence de quatre mois, aborder la juridiction administrative.

En est-il de même lorsqu'un citoyen prétend exiger de l'administration les services qu'elle doit à tous, lorsque, par exemple, il demande au préfet un alignement individuel, au maire le bénéfice d'entrepôt en matière d'octroi ou l'autorisation de réparer un immeuble frappé d'une servitude de reculement ?

En présence de la négligence de l'administration, en est-il réduit comme autrefois à exercer un recours hiérarchique ? Si on répond par l'affirmative, sa situation demeure assez précaire, car le supérieur est libre, en imitant l'attitude de son subordonné, de ne pas créer le contentieux.

Faut-il admettre au contraire que la loi de 1900 peut être invoquée ici et que les particuliers, devant le

silence gardé par une autorité ou successivement par plusieurs autorités, sont autorisés à intenter l'action judiciaire? Certains auteurs ne le pensent pas. Le texte de 1900 aurait supprimé « le privilège du silence » grâce auquel les administrateurs pouvaient empêcher de déférer au Conseil d'Etat des actes déjà exécutés qui n'étaient pas des décisions. Mais « le privilège de l'inaction » subsisterait : cela signifie que l'administration n'entre en activité que volontairement et que son inertie ne suffit pas pour fonder un recours juridictionnel, comme le ferait un refus catégorique (1). Partant d'un autre critérium, M. Artur aboutit à la même conclusion. Les individus ne jouissent d'aucune protection efficace toutes les fois que la violation de leurs droits nê peut se produire « que par la décision ou le silence de l'administration (2) ». Or, il est manifeste que, dans les cas envisagés précédemment, ces droits ne seront méconnus que par une décision défavorable ou par un silence prolongé.

Nous croyons cependant, que les garanties contenues dans la loi de 1900 doivent être accordées à

(1) Hauriou, *Précis de droit administratif*, 4^e édit., p. 870.

(2) Artur : « Séparation de pouvoirs et séparation de fonctions », *Revue du Droit public*, 1900, t. XIV, p. 498. — Suivant cette opinion la loi du 17 juillet 1900 ne serait même pas applicable à tous les créanciers de l'Etat. Elle profiterait par exemple, aux particuliers qui ont subi un dommage du fait de l'exécution d'un service public, mais non pas au fonctionnaire qui aurait en vain réclamé a liquidation de sa pension.

ceux qui sollicitent des autorités l'accomplissement de certains actes.

Sans doute on a pu critiquer avec raison des arrêts qui, sous le régime du décret de 1864, avaient consacré cette solution. En effet, ce décret ne la justifiait pas puisqu'il suppose la décision préalable d'un subordonné (1).

Sans doute aussi, le développement d'une pareille jurisprudence équivaldrait, selon l'expression de M. Laferrière, à donner aux tribunaux « le droit d'intervenir par voie d'injonction dans le domaine de l'administration active (2) ». Mais le même auteur reconnaissait néanmoins qu'un texte s'imposait pour mettre fin aux abus qui peuvent résulter de l'indépendance des administrateurs. Il serait désirable, ajoutait-il, que le silence fut toujours assimilé à une décision quand l'acte réclamé est un acte prescrit par la loi et non par une mesure discrétionnaire (3).

La loi du 17 juillet 1900 nous paraît être le texte préconisé par M. Laferrière.

(1) Le préfet, puis le ministre ayant laissé sans réponse des demandes d'alignement individuel, les parties intéressées s'adressèrent au Conseil d'Etat qui, dans deux arrêts consécutifs, les renvoya devant le préfet afin qu'il soit fait droit à leur requête. Conseil d'Etat : 11 janvier 1866 (Chabanne). — 6 mars 1869 (Hervé). — Il faut observer d'ailleurs, que sous l'Empire, avec le principe de la justice retenue, c'était en réalité l'Empereur, chef du Pouvoir exécutif, qui enjoignait au préfet de délivrer l'alignement.

(2) Laferrière, *op. cit.*, II, 2^e édit., p. 429.

(3) Laferrière, *op. cit.*, II, p. 433.

Les termes dont elle se sert sont très larges et ne comportent aucune restriction. Et puisque des décisions refusant expressément un alignement ou le bénéfice d'entrepôt sont seules susceptibles de motiver une action contentieuse, ces matières figurent donc bien parmi « les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'Etat que sous la forme d'un recours contre une décision administrative ». Du reste, ce ne sont pas des actes discrétionnaires. Ainsi la jurisprudence n'a pas hésité à regarder la délivrance des alignements comme un de ces actes légaux que le préfet, conformément à l'article 85 de la loi municipale, peut faire au lieu et place du maire (1).

On objecte qu'un pourvoi en annulation est inconcevable parce qu'il n'y a rien à annuler. Mais si, en vertu d'une fiction établie par la loi, le silence est assimilé à une décision de rejet ne faut-il pas en même temps lui en donner tous les effets, et ces effets ne consistent-ils pas à ouvrir la voie contentieuse ?

« Il serait inacceptable évidemment que l'initiative de l'action appartint aux Conseils chargés d'exercer la juridiction. Le rôle de ceux-ci est de dire le droit. Mais c'est bien encore dire le droit que reconnaître qu'un citoyen a droit à l'action administrative, et que

(1) Conseil d'Etat : 2 février 1894, p. 86.

les administrateurs, par leur négligence systématique, ont injustement violé ce droit (1). »

En résumé, pour porter une réclamation devant le Conseil d'Etat on n'est plus forcé de présenter une décision, mais simplement de prouver qu'on a essayé de la provoquer. Il ne dépend plus des administrateurs de mettre leurs actes ou leur inaction à l'abri des sanctions judiciaires.

Nous n'entendons pas affirmer par là que dorénavant un acte ou une abstention quelconque pourra faire l'objet d'un débat contentieux. Il faut qu'il y ait matière contentieuse. Ainsi la loi de 1900 ne permet pas aux particuliers d'assigner l'administration quand celle-ci a laissé sans réponse des requêtes tendant à obtenir, soit une permission absolument discrétionnaire, soit le retrait ou la réformation d'une mesure purement préparatoire et qui ne menace personne. En ce cas, le recours hiérarchique est encore la seule procédure possible.

Les graves inconvénients qui, dans la pratique, pouvaient résulter du système de la décision préalable ont disparu. Il ne mérite donc plus les reproches qui lui ont été faits à ce sujet. Il est bon de défendre l'administration contre des procès de tendances et des poursuites dénuées de tout fondement qui paralyseraient la marche des services publics, mais il ne

(1) Berthélemy, *Droit administratif*, 3^e édit., p. 879.

faut pas que cela devienne pour elle un expédient commode pour se soustraire à ses devoirs, ni un prétexte pour éluder ses responsabilités (1).

SECTION IV

Du rôle du recours hiérarchique.

Le recours hiérarchique nous est apparu sous trois aspects différents. Dans toutes les affaires qui n'ont pas et ne peuvent pas avoir un caractère contentieux, il fournit aux administrés un moyen de protection unique et précieux. Quand, au contraire, il se cumule avec l'action contentieuse, il peut être un recours parallèle et facultatif, ou bien une sorte de préliminaire obligé de l'action contentieuse.

A ce dernier égard, le pourvoi hiérarchique n'a plus guère qu'un intérêt théorique. Du reste, après

(1) Le décret du 16 juillet 1900 a supprimé un autre privilège de l'administration. Celle-ci en effet reçoit communication des pièces de toutes les affaires contentieuses qui sont soumises au Conseil d'Etat afin qu'elle puisse présenter ses observations. Or, aucun délai ne lui était imparti. Aux termes de l'article 10 du décret de 1900 le Conseil peut passer outre et statuer après expiration d'un délai de quatre mois.

avoir libéré le demandeur de l'obligation d'apporter une décision, ne sera-t-on pas tout naturellement tenté d'aller plus loin? Si on peut s'en passer après expiration d'un certain délai, pourquoi ne pas s'en passer tout de suite? La fiction de la loi de 1900 ne trouverait plus à s'appliquer que dans les hypothèses où le droit des individus ne peut jamais être violé que par la décision ou le silence des autorités.

Mais là n'est point le but véritable du recours hiérarchique. Celui-ci est une voie de droit qui se suffit à elle-même, en dehors de toute préoccupation de s'assurer l'accès d'un tribunal administratif. Cela est si vrai que, même s'il a été motivé par cette préoccupation, la décision qui l'a suivi a fait autre chose que créer le contentieux. Les parties ont fait examiner leurs prétentions par l'autorité compétente, et si nous supposons qu'elles ont eu gain de cause, il devient inutile pour elles de poursuivre l'affaire devant les tribunaux.

Sous cet aspect, le recours hiérarchique est essentiel à notre organisation centralisée. Le chef responsable a mission de contrôler les actes de ses subordonnés qui ont échappé à sa surveillance et à l'occasion desquels les administrés requièrent son intervention. De plus, cette procédure offre des avantages incontestables : elle est gratuite, plus rapide, souvent plus efficace que l'action judiciaire et presque

toujours possible. Elle réussit parfois aussi à éviter des procès longs et onéreux.

Néanmoins, cette institution n'est pas destinée à se faire dans le droit français une place beaucoup plus grande que celle qu'elle occupe actuellement. Son rôle est, en effet, d'autant plus effacé que celui des juridictions administratives est plus considérable.

Les organes spéciaux auxquels on a confié le jugement des litiges administratifs ont évolué dans un sens nettement juridictionnel et acquis une importance prépondérante. Avant 1872, c'était l'autorité supérieure, assistée du Conseil d'Etat, qui tranchait seule les conflits soulevés par les actes des fonctionnaires. Le Conseil de préfecture lui-même était indirectement sous la dépendance du Pouvoir exécutif puisqu'il ne statue jamais en dernier ressort. Aujourd'hui, ces tribunaux jouissent d'un droit de décision propre et d'une autonomie à peu près complète.

En cessant de regarder le ministre comme un juge, on a encore diminué la part prise par l'administration active dans le règlement des questions contentieuses. Semblablement, le discrédit dans lequel est tombée la théorie des Actes de gouvernement, l'extension du recours pour excès de pouvoir ont contribué à élargir la compétence de la juridiction et, sauf de rares exceptions, il n'y a pas d'actes administratifs qui ne puissent *a priori* lui être déférés.

Enfin, la multiplication des recours, la réduction

des frais qu'ils entraînent donnent aux particuliers un moyen énergique de faire respecter leurs intérêts et leurs droits.

Dans ces conditions, le pourvoi hiérarchique, dont les avantages sont d'ailleurs compensés par tous les défauts inhérents à une procédure exclusivement administrative, doit nécessairement se borner à jouer un rôle secondaire.

La situation est tout autre dans les pays où les juridictions administratives sont encore en voie de formation. Ainsi, dans les divers Etats de l'Allemagne, ces tribunaux, créés depuis 1870, connaissent surtout des décisions qui émanent des autorités locales (1). Les actes des agents représentant le pouvoir central ne peuvent jamais donner lieu à une action contentieuse lorsqu'ils mettent en jeu la puissance publique (2).

Dès lors, le recours hiérarchique étant fréquemment la seule garantie des administrés, la loi a eu soin de soumettre à des règles précises son exercice, sa procédure et ses effets.

Il y a deux recours distincts : le recours simple et le recours formel. Le premier est très analogue à celui qui est pratiqué en France. « Il n'est assujetti à

(1) Les Etats de l'Allemagne n'ont pas tous adopté le principe des juridictions administratives. V. loi saxonne, 21 avril 1873.

(2) Rönne, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 4^e édit., III, p. 485.

aucun délai, ni à aucune forme de procédure (1) » ; il est intenté soit devant l'auteur de l'acte incriminé, soit devant son chef hiérarchique. Le grief invoqué par les parties peut être la lésion d'un droit ou d'un intérêt quelconque. L'autorité saisie de la requête n'est tenue d'y donner suite « qu'autant qu'elle le juge indiqué par l'intérêt public (2) » et son silence ne proroge pas le délai de l'action contentieuse.

A la différence du recours simple, le recours formel n'est ouvert qu'à ceux qui ont été juridiquement atteints par une décision de l'administration : autrement dit, pour pouvoir agir, il faut prouver un intérêt direct et personnel, comme si on était devant un tribunal. Il ne peut être dirigé que contre certaines catégories d'actes d'autorité ordinairement énumérées par la loi et en l'absence de tout recours parallèle (3).

De plus, le recours formel doit être adressé au supérieur hiérarchique dans un délai généralement très court (4). Une fois le délai écoulé, les réclamations qui viendraient à s'élever n'auraient que la portée d'un recours simple.

Le supérieur est obligé de statuer par un rescrit.

(1) Ordonnance badoise du 12 juillet 1864, § 86.

(2) Ordonnance badoise précitée. Voir à ce sujet : Seydel, *Baye-
risches Staatsrecht*, II, p. 394 et suiv. — Parey, *Preussisches Verwal-
tungsrecht*, p. 179 et suiv.

(3) Loi prussienne du 30 juillet 1883, art. 50.

(4) La loi prussienne fixe ce délai à quinze jours (art. 51, loi de 1883).

S'il ne croit pas devoir donner satisfaction au requérant, sa décision ne vaut pas confirmation et laisse au subordonné la liberté de revenir de lui-même sur sa détermination, car il ne serait lié que par une réformation. Si l'annulation est prononcée, tout est remis en état comme si rien ne s'était passé.

Le recours formel est suspensif d'exécution (1), et en ce qui concerne les droits des tiers, ses effets sont très particuliers en ce sens qu'il fait naître au profit des autorités des pouvoirs qu'elles n'auraient pas eu sans lui. Les droits acquis font toujours obstacle au contrôle hiérarchique exercé d'office, tandis qu'ils n'empêchent nullement le contrôle exercé sur recours formel. Ils étaient pour ainsi dire affectés d'une condition résolutoire et l'administration peut parfaitement n'en pas tenir compte. Ceci explique pourquoi le recours formel n'est pas accessible indéfiniment, ni à tous les intéressés, sinon les tiers n'auraient jamais de droits acquis (2).

Aussi, bien que ce recours soit une attribution administrative, plusieurs des règles qui le régissent sont celles qu'on est habitué à rencontrer dans la procé-

(1) Loi de 1883, art. 53.

(2) L'ordonnance badoise de 1864 permet aux autorités de ne pas respecter les droits acquis par les tiers, même quand le pourvoi a été exercé après expiration du délai légal, sous la seule condition que le vice invoqué par les parties soit l'incompétence ou l'excès de pouvoir. En droit français les droits du tiers ne doivent pas être mis en discussion ni méconnus par l'administration.

dure judiciaire. Ces prescriptions et notamment l'obligation de statuer imposée au supérieur, ont paru propres à donner aux citoyens les garanties qu'ils ne trouvaient ni dans le recours simple, ni dans le recours contentieux encore réservé à un très petit nombre d'actes administratifs (1). Et si notre recours pour excès de pouvoir est « un recours gracieux qui a pris forme de pourvoi juridictionnel (2) », les formalités qui entourent le recours allemand sont peut-être l'indice d'une évolution semblable.

Par contre, dans la législation française, où presque tous les actes administratifs peuvent subir devant un tribunal au moins une certaine vérification de légalité, le recours hiérarchique est fatalement relégué au second plan. De plus, il est superflu de le revêtir d'une forme plus ou moins juridictionnelle, car il ferait alors double emploi avec le recours contentieux. Il est donc préférable de lui conserver son caractère accessoire ou spécial.

(1) Otto Mayer, *op. cit.*, I, p. 189 et suiv.

(2) Berthélemy, *op. cit.*, p. 882.

CHAPITRE VI

LE POUVOIR DISCIPLINAIRE

SECTION I

Le droit disciplinaire. — Généralités.

L'ensemble des obligations professionnelles et des règles de conduite imposées aux membres d'un même groupe social et les moyens dont dispose le groupe pour en assurer l'observation constituent le droit disciplinaire.

En France, la première discipline fut celle de l'Eglise : c'était la seule qui existât à l'époque où se sont formés nos grands corps judiciaires dont la discipline à son tour servit de modèle aux corporations d'officiers publics. Dès lors, l'idée d'une sanction disciplinaire parallèle aux sanctions de droit commun s'est affirmée sans cesse davantage, et tous les groupements organisés possèdent ainsi une sorte de réglementation intérieure.

Les progrès de ces juridictions spéciales ont suscité de nombreuses critiques (1).

(1) Hauriou, *Précis*, p. 9 et suiv.

Elles risquent, dit-on, de favoriser un esprit de caste dangereux pour l'unité morale du pays, et de ressusciter les privilèges de l'ancien Régime. En outre, par leur procédure sommaire et dépourvue de publicité, par la liberté d'incrimination laissée au juge, elles n'offrent à ceux qui y sont soumis aucune garantie sérieuse. Enfin, ces législations secondaires nuisent à la répression pénale. Les fautes professionnelles graves devraient figurer, parmi les délits, dans le Code pénal, les autres ne devraient pas donner lieu à des poursuites.

Ces reproches n'ont pas la valeur qu'on a voulu leur attribuer. L'esprit de corps est très désirable et l'histoire des Parlements en est la preuve. Il maintient les traditions chez les membres du groupe et les encourage à se montrer dignes de leur mission. La crainte de voir renaître les juridictions de privilégiés est chimérique puisque la compétence des tribunaux ordinaires reste entière. Si par exemple, la juridiction disciplinaire ecclésiastique, profitant des désordres du Moyen Age, a pu empiéter sur la justice du roi, c'est précisément parce qu'elle avait dépassé son but et acquis une compétence exclusive.

Sans doute, la procédure généralement suivie n'a pas la perfection de la procédure criminelle mais elle tend à s'en rapprocher. Les peines infligées n'ont pas non plus le caractère arbitraire ou excessif qu'on leur a prêté : l'inculpé trouve au contraire en la personne

de ses pairs les juges les moins prévenus. Il a d'ailleurs souvent la facilité d'en appeler aux tribunaux de droit commun et n'en use que fort rarement. De même, la publicité des débats est ici moins nécessaire et n'irait pas sans inconvénients.

Les motifs d'incrimination demeurent fatalement vagues et indéterminés et cette impression est essentielle à la notion de la faute disciplinaire. En effet, il est impossible de prévoir les multiples faits qui seront regardés comme répréhensibles : la subordination hiérarchique, l'honneur ou la probité professionnelle ne sont pas susceptibles de définition.

La répression pénale ne saurait, comme on le prétend, suppléer à la répression disciplinaire. Le domaine propre à cette dernière comprend les infractions qui ne tirent toute leur gravité ou même leur existence que de la qualité du délinquant et qui par conséquent échappent à la loi pénale applicable à tous les citoyens. Du reste, ce domaine est la partie la plus intéressante du droit disciplinaire car, si l'on suppose un acte capable de motiver une poursuite devant un tribunal répressif, il est vraisemblable que la corporation n'interviendra que pour expulser le coupable.

Enfin le principe d'égalité n'est nullement menacé par les juridictions disciplinaires. Egalité ne signifie par uniformité. A des situations différentes doivent correspondre des solutions différentes. C'est à ce besoin de spécialisation que répondent les nombreuses

législations spéciales qui sont venues compléter notre droit moderne. De même le droit disciplinaire complète le droit pénal sans lui nuire et apparaît comme une réglementation intermédiaire entre le droit et la morale. L'enfant, l'étudiant, l'ouvrier, le fonctionnaire, les membres d'une même corporation y sont assujettis.

La nature et le fondement juridique du pouvoir disciplinaire varient suivant les cas.

Dans les rapports du patron et de l'ouvrier, la discipline qui se traduit par le « règlement d'atelier » dérive d'un contrat de travail et appartient au droit privé.

Mais à côté de cette discipline, il en est une autre dans laquelle on ne relève aucune trace de contrat ni d'intérêt privé; on est alors dans la sphère du droit public et de la puissance publique.

Ainsi la discipline familiale a pour base la puissance paternelle et le mariage qui n'est pas un contrat : elle ne vise pas l'intérêt de l'enfant mais celui de la famille et de la société. Elle ne peut d'ailleurs se manifester efficacement qu'avec le concours de l'autorité publique (1).

Dans la discipline professionnelle, les sanctions édictées se justifient par le lien d'espèce particulière qui

(1) Code civil, art. 376. La discipline éducationnelle se rattache soit à la discipline familiale, soit à la discipline étatique selon qu'il s'agit d'enfants mineurs ou majeurs.

réunit tous les individus exerçant une même profession. Il n'y a aucune convention expresse ou tacite entre ceux qui font partie de l'association et celui qui y est admis. De plus, si ce dernier vient à méconnaître les obligations qui lui ont été imposées, il n'est pas puni pour avoir lésé un intérêt privé mais pour avoir manqué aux devoirs de son état, amoindri la confiance du public ou compromis la dignité de la fonction. Aussi quand son infraction a du même coup porté atteinte à des intérêts privés, l'action disciplinaire n'a pas pour effet de réparer le préjudice causé puisqu'elle n'aboutit jamais à une condamnation pécuniaire.

Tout groupement repose sur un but à réaliser sur des intérêts qu'il faut protéger et cela suffit à lui donner une existence juridique. En établissant ses statuts, il fait véritablement œuvre de puissance publique (1).

On objecte parfois que la souveraineté est indivisible et que l'Etat est seul à en disposer. Cependant les faits contredisent cette affirmation. La souveraineté tend au contraire à se fractionner entre les collectivités politiques inférieures et à former en réalité une unité de pouvoirs, distincts impliquant des relations de subordination. Pourquoi ne serait-elle pas dévolue

(1) A ne vouloir donner au droit d'autre fondement que la volonté individuelle ou collective, on s'expose à commettre des erreurs. Il peut y avoir droit sans volonté et, inversement, il y a souvent volonté sans droit. V. Garraud, *Précis*, p. 10. — M. Larnaude, *Cours de droit public*, 1900-1901.

aux groupements sociaux qui, ayant des intérêts propres, ont aussi des droits?

Nous devons à plus forte raison refuser tout caractère contractuel et privé à la discipline qui régit les fonctionnaires ou ceux qui, à cet égard du moins, leur sont assimilés comme les officiers ministériels. Ici encore, nous ne trouvons aucun accord préalable ni aucune utilité privée.

Vis-à-vis des agents de l'Etat et des Etablissements publics notamment, le pouvoir disciplinaire a sa source dans l'acte d'autorité créateur du régime légal sous lequel ils sont placés et s'analyse en un droit de puissance publique (1). On soutient qu'un grand nombre de fonctionnaires n'accomplissant que des actes de gestion sont liés à l'Etat ou à l'Etablissement qui les emploie par un contrat de louage de services. Or, même ceux qui adoptent cette théorie reconnaissent néanmoins que « leur discipline, bien que mise en jeu par un contrat, demeure soumise à un régime légal de puissance publique » (2).

Etant donnée cette origine du pouvoir disciplinaire, on comprend qu'il soit souvent confié à des autorités administratives dont les décisions sont sans appel et

(1) Hauriou : Note sous Conseil d'Etat 29 avril 1892, S. 99.3.106.

(2) H. Nézard, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, p. 82. — Et cependant la nécessité de [soustraire ces agents à une autorité disciplinaire sans contrôle n'est-elle pas un des principaux arguments invoqués en faveur de la théorie du rapport contractuel?

ne peuvent donner lieu qu'à un recours pour violation de la loi puisque les intéressés n'ont d'autres droits que ceux qu'ils tiennent de la loi. On peut même dire que c'est là le type de la discipline étatique, car les différentes juridictions qui se sont substituées aux supérieurs hiérarchiques n'agissent qu'en vertu d'une concession et par une sorte de délégation. On a voulu par ce moyen assurer les garanties d'indépendance qui semblaient convenir à certains fonctionnaires.

L'action disciplinaire n'est donc pas une action en exécution du contrat et la sanction disciplinaire n'est pas une clause pénale (1). D'ailleurs un fonctionnaire peut en principe être frappé d'une peine alors même qu'il serait sorti de charge. En admettant qu'il y ait eu entre lui et l'administration un contrat, celui-ci à ce moment est nécessairement rompu et ne saurait servir de fondement au pouvoir disciplinaire.

L'idée du quasi-délit (2), acte dommageable fait sans intention de nuire, ne fournit pas une meilleure explication et l'action disciplinaire n'est pas non plus une action en réparation du préjudice causé à la fonction par l'inexécution des obligations professionnelles. En

(1) C'est cependant la thèse soutenue par l'école civiliste allemande : Seydel, *Bayerisches Staatsrecht*, II, p. 272. — Von Rönne, *Staatsrecht der preussischen Monarchie*, III, p. 583. — Cf. Brémont, *Revue critique*, 1891, p. 132.

(2) V. Morin, *Discipline des Cours et tribunaux*, II, p. 186. — Hervy, *De l'action disciplinaire et de l'action pénale comparées* p. 152.

effet, ce dommage est presque toujours inappréciable quand il existe et, d'autre part, il peut fort bien ne pas exister sans que la faute cesse pour cela d'être punissable.

La discipline des fonctionnaires ne résulte pas davantage d'un contrat de droit public (1). Nous croyons cet accord théoriquement inconcevable car les éléments du contrat font ici défaut. La puissance publique ne peut valablement s'obliger et les individus qui entrent en contact avec elle ne jouissent plus de toute leur liberté.

Ainsi, la discipline étatique est un des aspects du pouvoir hiérarchique. Elle se rattache directement au droit de commandement et de contrôle dont elle est le complément indispensable. Comme lui, elle est inhérente à tout organisme constitué et se résume en un pouvoir unilatéral. Mais ces deux prérogatives hiérarchiques identiques par leur nature, différent par leur fondement. Tandis que le principe de la responsabilité du supérieur ou de l'Etablissement public suffirait à légitimer le droit de contrôle sur les actes, le droit disciplinaire sur les personnes ne peut découler que de ce rapport de puissance publique qui constitue la situation juridique des fonctionnaires. En effet, la discipline n'est qu'une des formes du droit répressif. Or, « le droit de punir dérive pour la société

(1) Laferrière, *op. cit.*, I, p. 614.

du droit de commander (1) ». D'autre part, s'il fallait n'invoquer que la notion de la responsabilité, les fautes capables d'engager la responsabilité du supérieur ou de l'Etablissement public seraient seules passibles d'un châtement disciplinaire.

Exception faite pour les pénalités que peut infliger le patron ou l'employeur conformément au contrat de travail, nous ayons vu que toutes les disciplines, bien que n'ayant pas la même base, étaient de droit public. Elles empruntent toute leur force aux lois d'organisation sociale et, comme le droit pénal, elles s'appuient sur un intérêt d'ordre public, celui du service, du corps ou de la société. On en a conclu que le droit disciplinaire était une branche du droit pénal (2).

Cependant, malgré des analogies très réelles il n'y a point similitude, même lorsque le pouvoir disciplinaire est remis à une juridiction.

D'abord l'infraction commise procure seulement au juge une occasion de sévir. Il apprécie souverainement l'opportunité des poursuites et il ne dépend que de lui de ne pas les exercer si, par exemple, elles doivent provoquer un scandale inutile. Au contraire, le ministère public est obligé d'agir toutes les fois qu'un délit a été constaté et qu'une condamnation est possible (3).

(1) Bertauld, *Cours de droit pénal*, 1878, appendice.

(2) Duguit, *Etudes de droit public*, II, p. 464.

(3) Garraud, *Précis*, p. 836.

De plus, la faculté d'incrimination est presque illimitée. En matière disciplinaire on ne se préoccupe pas de réprimer seulement certaines fautes déterminées et envisagées au point de vue du trouble qu'elles ont apporté à l'ordre social, mais tous les faits non caractérisés qui ont pu porter tort aux intérêts qu'on se propose de sauvegarder.

L'action disciplinaire qui ne se prescrit jamais n'est pas entravée non plus par le principe de la non-rétroactivité des lois, ni par la règle *non bis in idem*. Ainsi l'inculpé peut-être traduit successivement pour la même infraction devant la juridiction disciplinaire et devant la juridiction de droit commun ; il peut même être condamné par l'une et acquitté par l'autre. Cette contrariété de jugements et cette indépendance réciproque des deux actions démontrent bien que le domaine *juridique* de la loi disciplinaire n'est pas celui de la loi pénale.

La procédure disciplinaire obéit également à des règles spéciales. Elle ne comporte pas toujours la publicité des débats ni le droit d'appel et elle admet tous les modes de preuve indistinctement. Les particuliers n'ont pas l'initiative des poursuites et celles-ci ne s'accompagnent jamais d'une action civile accessoire qui, en l'espèce, aurait le grave inconvénient de faire oublier l'intérêt corporatif, c'est-à-dire le point essentiel.

Enfin, la peine prononcée n'est pas exemplaire ni

expiatoire, elle est souvent morale et la réhabilitation ne l'efface pas complètement.

En résumé, la plupart des dispositions fondamentales du Code pénal relatives à l'incrimination, à l'action, à la procédure, aux peines ne sont pas observées (1). Nous dirons donc, en présence d'oppositions aussi formelles, que le droit disciplinaire est un droit spécial et que l'action disciplinaire parallèle à l'action criminelle ne se confond pourtant pas avec elle car elles ont chacune leur rôle (2).

Après avoir ainsi brièvement exposé la théorie générale du droit disciplinaire, il nous reste à en étudier une des applications les plus importantes : la discipline dans la fonction publique.

SECTION II

La faute et la peine disciplinaires.

§ 1. — *La faute disciplinaire.*

L'examen des principes généraux du droit discipli-

(1) « L'action disciplinaire ne peut être entravée ni restreinte par des règles qui lui sont étrangères ». Cass. 5 juillet 1858, D. 58. 1.217.

(2) Telle est la conclusion adoptée par la jurisprudence : Cass., 28 juillet 1869, S. 70.1.14. — Nancy, 28 février 1874, S. 74.2.116.

naire nous ont fait pressentir combien il était difficile d'établir une théorie du délit disciplinaire.

Les auteurs de droit pénal distinguent dans les délits trois éléments : l'élément matériel, l'élément légal et l'élément moral. Les retrouvons-nous dans la faute disciplinaire ?

L'élément matériel, c'est-à-dire le fait positif ou l'abstention, la manifestation extérieure qui constitue soit l'infraction, soit un commencement d'exécution, n'est pas toujours exigé. La sanction disciplinaire n'étant pas expiatoire, ni exemplaire, présente un caractère beaucoup plus préventif que la sanction pénale. Ainsi le juge serait certainement autorisé à punir toute intention coupable à condition qu'elle soit clairement exprimée, tandis que la loi pénale ne punit les mesures préparatoires que dans certaines circonstances exceptionnelles.

De plus, la responsabilité disciplinaire s'étend parfois aux actes accomplis par des subordonnés (1) : on présume de la part du supérieur une négligence répréhensible. En ce cas, l'élément matériel peut faire totalement défaut. Et cette considération contribue à expliquer le pouvoir préventif reconnu au chef hiérarchique : il est juste de lui accorder tous les moyens nécessaires pour empêcher que sa responsabilité ne soit mise en jeu et de lui permettre d'intervenir avant que l'infraction ne soit commise.

(1) V. notamment le décret du 23 avril 1897, art. 31.

L'incrimination d'un acte déterminé et la fixation de la peine qui sera infligée à son auteur forment l'élément légal du délit. En matière pénale, celui-ci est indispensable et l'on peut dire qu'en droit positif, sinon en droit absolu, tout ce qui n'est pas défendu est permis. En matière de discipline, au contraire, la loi ne prévoit pas et ne peut pas prévoir tous les faits qui donneront lieu à des poursuites, car le domaine de l'incrimination est infiniment trop vaste et aussi trop variable. On ne saurait par exemple entendre de la même façon la probité et les devoirs professionnels d'un magistrat et d'un garde champêtre.

Aussi lorsqu'un texte mentionne les fautes qui pourront entraîner des pénalités disciplinaires, il ne prétend pas en fournir une liste complète ; il se borne à indiquer les plus fréquentes ou les plus graves. Souvent même, il doit se contenter de termes vagues et généraux. La loi du 20 avril 1810 parle de tout ce qui « compromettra la dignité du caractère » de la magistrature. Ailleurs, nous rencontrons des formules comme celles-ci : « toute cause grave », « conduite notoire », « tout fait de nature à porter atteinte à l'honorabilité, etc. ». Du reste, certaines lois font allusion à l'impossibilité qu'il y a de préciser tous les manquements dont un fonctionnaire peut se rendre coupable (1).

Les fautes n'étant pas déterminées, les peines qui

(1) Cf. D. 21 juillet 1897.

leur sont attachées ne le sont pas davantage. Sans doute ces dernières sont ordinairement fixées limitativement et le juge ne peut en appliquer d'autres sans s'exposer à un recours des parties devant le Conseil d'Etat (1). Mais malgré cette restriction, il conserve des pouvoirs très étendus, car s'il lui est interdit de créer de nouvelles pénalités, il a néanmoins toute latitude de choisir parmi celles que la loi met à sa disposition.

Ainsi, en dehors des hypothèses très rares (2) dans lesquelles on a pris soin de définir en même temps l'infraction et la sanction, la règle *nulla pœna sine lege* est écartée (3).

Le troisième élément du délit pénal, l'élément moral, réside dans l'intention. Sous l'influence de l'Ecole italienne on tend aujourd'hui à faire à cet élément une place de plus en plus large et, en individualisant la peine, à considérer le prévenu beaucoup plus que la faute.

(1) Conseil supérieur de l'Instruction publique : 18 juillet 1905. D. 1906, V, p. 43. *Bulletin du ministère de l'Instruction publique*, 1905, 2^e semestre, p. 262.

(2) V. par ex. la loi du 20 avril 1810, art. 58 (discipline judiciaire).

(3) Le juge disciplinaire doit « connaître de toute infraction quelle qu'en soit la nature qui aurait pour effet de compromettre tout à la fois la réputation de probité ou de délicatesse de ce fonctionnaire et l'autorité morale ou la dignité dont il est revêtu. Aussi l'action disciplinaire ne peut être entravée ni restreinte par des règles qui lui sont étrangères ». Cass. 5 juillet 1858, D. 58.1.271.

En droit disciplinaire il en est tout autrement. L'autorité saisie tiendra compte évidemment de la contrainte, du manque de discernement, de la bonne foi, en un mot de l'absence d'intention coupable ; il aura même comme le juge pénal une très grande liberté d'appréciation. Cependant l'intention n'est pas ici une condition générale de culpabilité (1). Il ne s'agit point d'exemplarité ni de préservation sociale : qu'un acte quelconque ait porté préjudice à l'intérêt dont on a en vue la protection et cela suffit à motiver une condamnation.

En outre, l'ignorance de la loi qui, devant la juridiction répressive, est en fait regardée comme une circonstance atténuante, devient pour les fonctionnaires une circonstance aggravante. Si « nul n'est censé ignorer la loi », ceux qui ont pour mission d'en procurer l'exécution ont le devoir de la connaître (2).

Ainsi toute tentative d'établir une théorie de la faute disciplinaire est vaine, puisqu'aucun des éléments du délit n'y apparaît d'une manière constante. Il faut donc s'en tenir à une simple énumération.

Suivant une distinction traditionnelle, les fautes

(1) A ce point de vue la faute disciplinaire est analogue à la contravention.

(2) Cass. 8 avril 1895, S. 99.1.399. — Cons. sup. de la magistrature, 27 avril 1898, S. 99.1.385 et note. — L'élément injuste qui est quelquefois ajouté comme quatrième élément du délit pénal et qui se résume en ce fait que l'acte incriminé n'est pas l'exercice d'une faculté légitime, se confond avec l'élément légal.

contre la discipline sont relatives soit à la fonction, soit à la vie privée.

En ce qui touche leur service, les fonctionnaires sont astreints à de nombreuses obligations : de la violation de ces obligations résultera la faute disciplinaire.

Les fonctionnaires sont d'abord tenus de remplir personnellement tous les devoirs de leur charge et d'y apporter tout le zèle et toute l'activité dont ils sont capables. Les particuliers n'ont pas toujours le droit de les obliger à agir, mais un supérieur pourrait toujours leur faire grief d'une inaction qui ne serait pas justifiée par des motifs légitimes. De la part du magistrat l'inaction devient même un déni de justice passible de poursuites pénales.

C'est aussi dans le but d'assurer le fonctionnement des services publics qu'il est défendu aux fonctionnaires de s'adonner à une profession, de s'absenter sans congé régulier (1) et parfois même de résider hors du lieu où ils exercent leurs fonctions (2).

Dans l'accomplissement de ce devoir de gestion toute négligence est une faute. Ainsi un juge peut être frappé disciplinairement quand il fait rédiger ses jugements par des avocats ou avoués sur des notes prises par lui à l'audience (3).

(1) Cons. sup. de l'Instruction publique : Schmidt, *op. cit.*, p. 155.
— V. loi 20 avril 1810, art. 48.

(2) D. 20 mars 1808, art. 100. — Ord. 15 janvier 1826, art. 51.

(3) Cons. sup. de la magistrature : 13 février 1892.

Les fonctionnaires doivent non seulement s'acquitter consciencieusement de leur tâche mais encore respecter les diverses règles de probité professionnelle communes à tous les emplois publics ou spéciales à certains d'entre eux.

Parmi ces règles il en est qui figurent dans la loi. C'est ainsi que les malversations (1), la corruption (2), les abus d'autorité (3) et le fait pour « tout agent du gouvernement » de prendre des intérêts dans « les actes, adjudications, entreprises ou régies (4) » dont il a l'administration ou la surveillance sont sévèrement punis. De même, il est interdit aux agents des Eaux et Forêts (5), des Ponts et Chaussées (6), de prendre part aux ventes passées par les administrations dont ils font partie, et aux Ingénieurs des Mines (7) de s'intéresser aux exploitations industrielles qu'ils ont à contrôler. Les maires ne peuvent acheter de biens communaux (8) et les membres d'un tribunal ne peuvent acquérir des droits litigieux (9) ou des biens vendus par voie de justice (10).

(1) C. pén., art. 174.

(2) C. pén., art. 177.

(3) C. pén., art. 184.

(4) C. pén., art. 175.

(5) C. forestier, art. 21. — Dijon, 15 mars 1894, D. 94.2.471.

(6) D. 13 août 1851, art. 27.

(7) D. 24 décembre 1851, art. 26. — Conseil d'Etat : 28 juillet 1893, D. 94.3.75.

(8) C. civ., art. 1596.

(9) C. civ., art. 1597.

(10) C. proc. civ., art. 711, 964, 973, 988.

Les infractions aux dispositions qui précèdent seraient des fautes professionnelles mais ce ne sont pas les seules qui puissent faire encourir des peines disciplinaires. Le législateur n'a prévu que les plus importantes et souvent il les envisage uniquement au point de vue de la répression pénale. Le droit disciplinaire tend à créer des « mœurs professionnelles », aussi tout procédé blâmable ou simplement contraire à la délicatesse et à la circonspection qui doivent entourer les actes des fonctionnaires peut être un manquement professionnel. Pour en apprécier la gravité, il faudra s'inspirer de la nature de la fonction et par suite de ce que l'on est en droit d'attendre de celui qui l'occupe. Ainsi un juge d'instruction téléphonant à un témoin sans se faire connaître commet une indécatesse (1).

Si les attributions qu'ils se sont engagés à remplir engendrent pour les fonctionnaires certaines obligations, le principe de la hiérarchie leur impose également des prescriptions non moins strictes.

L'inférieur doit à ses chefs déférence et obéissance. Il manquerait au premier de ces devoirs en se permettant des critiques ou des observations injurieuses sur la conduite ou les décisions de ses supérieurs (2). On ne saurait admettre non plus qu'un subordonné

(1) Cons. sup. de la magistrature, 31 janvier 1888, D. 88.1.73.

(2) Cass., 9 février 1822. D. J. G., V^o discipline judiciaire, n^o 141.

— Cons. sup. de la magistrature, 31 janvier 1888, D. 88.1.73.

refuse de rejoindre son poste ou d'exécuter un ordre légal ou enfin de se conformer aux instructions qui lui ont été transmises (1). L'obéissance est essentielle à une organisation centralisée, car toute insubordination provoque l'arrêt du service.

Le devoir d'obéissance entraîne celui de fidélité politique. Peut-être à ce sujet convient-il de ne pas se montrer aussi exigeant vis-à-vis des titulaires de toutes les charges publiques, mais s'il est logique de ne demander une fidélité absolue qu'aux fonctionnaires politiques on doit cependant réclamer de tous le respect des institutions. Aucun gouvernement ne peut supporter qu'un de ses fonctionnaires se livre à des attaques directes et violentes contre lui, et « se pose en adversaire de l'ordre constitutionnel établi (2) ».

La deuxième catégorie de fautes disciplinaires comprend toutes celles qui se rattachent à la vie privée.

« Un particulier peut jouir de l'obscurité où il se trouve ; il ne se discrédite que devant quelques gens ; il se tient couvert devant les autres : mais un ministre qui manque à la probité a autant de témoins, autant de juges qu'il a de gens qu'il gouverne (3). » Ce qui

(1) Cass., 15 juin 1882, D. 83.1.419.

(2) Cass. 25 janvier 1883, D. 83.1.94. — V. aussi Cass. 25 janvier 1883, D. 83.1.93. — Circulaire ministérielle du 20 décembre 1881, dans le *Recueil des contributions directes*. V. 1878-1881, n° 618. — V. Loi 30 août 1883, art. 14.

(3) Montesquieu, *Lettres persanes*, lettre CXLVI.

est vrai pour un ministre l'est aussi pour les fonctionnaires en général qui sont tous plus ou moins en contact avec le public. L'homme public n'exerce une influence et une autorité réelles sur ses administrés qu'autant que l'homme privé a su mériter leur estime.

Aussi bien tout acte qui porterait atteinte à la considération et à l'honorabilité du fonctionnaire qui en est l'auteur motiverait une sanction disciplinaire.

Il est à peine besoin de dire que les crimes et délits qui tombent sous le coup de la loi pénale, comme l'escroquerie et la diffamation (1) sont en même temps des fautes disciplinaires et la solution ne présente aucune difficulté. La situation officielle du délinquant a simplement pour effet d'accentuer sa responsabilité. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'un acte qui, sans être absolument irréprochable, serait toléré ou excusable chez un citoyen quelconque, la question est très délicate et le rôle du juge disciplinaire exige beaucoup de réserve et de prudence. Quand il n'est pas en présence de faits graves et avérés, l'abstention est préférable afin de ne pas susciter inutilement un scandale. Il faudra tenir compte également de la qualité du coupable. Ainsi l'immoralité sera, et avec raison, plus sévèrement reprochée à un membre du corps enseignant qu'à tout autre fonctionnaire.

(1) Par contre, quand il s'agit de simples contraventions ou même de certains délits qui, comme les délits de chasse, n'entachent nullement la réputation du délinquant, l'autorité disciplinaire n'a pas à intervenir.

Les causes d'incriminations sont ordinairement l'inconduite notoire (1) l'adultère, des habitudes d'intempérance (2), etc. Mais on est allé plus loin et les autorités disciplinaires ont incriminé de légères indécicatesses, comme le fait d'avoir des dettes (3).

Ainsi en matière de fautes professionnelles comme en matière de fautes privées, le juge et le supérieur hiérarchique investis du pouvoir disciplinaire ont une très grande liberté dans l'exercice des poursuites.

§ 2. — *La peine disciplinaire.*

Théoriquement, la peine disciplinaire comporte un certain arbitraire et ceci résulte de l'imprécision des faits qu'elle a mission de réprimer. Elle doit pouvoir se plier aux infractions les plus graves comme aux infractions les plus légères. De plus, on se préoccupe moins des garanties à accorder à ceux qui peuvent l'encourir que d'un intérêt d'ordre public. La sanction est en quelque sorte discrétionnaire par définition. Il n'est pas impossible de concevoir une discipline dépourvue de toute pénalité déterminée et d'ailleurs, pour certains agents, la détermination des pénalités est encore très sommaire.

(1) Cass. 15 juin 1882, D. 83.1.420.

(2) Cons. sup. de l'Instruction publique, 27 décembre 1891, Schmidt, *op. cit.*, p. 151.

(3) Cons. sup. de l'Instruction publique, 27 décembre 1893, Schmidt, *op. cit.*, p. 152.

En général cependant, les lois ont considérablement diminué les pouvoirs des autorités disciplinaires et les ont limités par la concession d'un statut à de nombreuses catégories de fonctionnaires. Pour eux, la peine cesse d'être entièrement arbitraire dès qu'ils se trouvent soumis à un code disciplinaire si rudimentaire soit-il.

A cet égard le droit pénal et le droit disciplinaire manifestent des tendances opposées. Tandis que le juge répressif dispose d'une liberté sans cesse plus grande en vue de modérer ou d'aggraver les sanctions encourues, le législateur s'efforce de lier le juge disciplinaire par l'établissement d'une échelle de peines.

Quand un texte a fixé à la fois la faute et la punition qu'elle réclame, l'autorité disciplinaire doit s'en tenir à cette dernière ou acquitter l'inculpé. Un magistrat qui est sous le coup d'un mandat d'arrêt ne pourrait par exemple être déplacé, car la peine édictée en cette hypothèse est la suspension provisoire (1).

De semblables dispositions sont rares, presque toujours la spécification ne porte que sur les pénalités et par suite leur choix demeure en dehors de toute réglementation. L'autorité peut donc appliquer celle qui lui paraîtra convenable. Mais il ne lui appartient pas d'en créer de nouvelles, alors même qu'elles

(1) Loi 20 avril 1810, art. 58.

seraient équivalentes ou plus douces que les peines légales (1).

Malgré la rigueur apparente du principe, il est facile de proportionner le châtement aux infractions commises et de n'en laisser échapper aucune. Sinon le droit disciplinaire serait incapable de rendre les services qu'on attend de lui, car la répression risquerait d'être excessive ou incomplète.

En effet, les textes ont multiplié les degrés de pénalité. Ainsi les professeurs de l'Enseignement secondaire sont passibles de la réprimande, de la censure, de la mutation pour emploi inférieur, de la suspension avec ou sans privation de traitement, du retrait d'emploi, de la révocation et enfin de l'interdiction d'enseigner (2).

D'autre part, quand il existe deux ou plusieurs autorités disciplinaires du même ordre, celle qui connaît de l'infraction est autorisée à emprunter aux autorités inférieures les peines que la loi leur a réservées. Il serait permis au Conseil d'Académie de prononcer la censure que le ministre de l'Instruction publique, en principe, a seul qualité pour prononcer (3).

(1) D. J. C., V^o discipline judiciaire, p. 641, note 1. — Cons. sup. de l'instruction publique, 18 juillet 1905, D. 1906, V, p. 43 et *Bulletin du ministère de l'instruction publique*, 1905, 2^e trimestre, p. 262.

(2) Loi 27 février 1880.

(3) En ce sens implicitement : loi 27 février 1880, art. 7. — D. 26 juin 1880, art. 9. — V. Cass. 12 janvier 1887, D. 87.1.57 et la note. — Amiens, 16 avril 1844. D. 45.2.82.

S'il en était autrement l'autorité saisie serait tentée d'abandonner l'accusation plutôt que de prendre une mesure trop sévère ou inversement d'infliger une peine trop forte plutôt que de ne pas statuer.

La rigidité de la sanction ne fait donc nullement obstacle à l'admission des circonstances atténuantes et ne favorise pas non plus l'impunité. Tout en protégeant les justiciables, cette solution donne au droit disciplinaire la souplesse qui lui est nécessaire.

Dans les différentes administrations, nous retrouvons les mêmes peines sous des noms différents. Leur nature ressort du but de la discipline statique qui est l'amélioration du service et, comme le fait observer O. Mayer, ce sont des *pænæ medicinales* au sens canonique du mot.

Tout d'abord, les peines privatives de liberté ne sont guère employées parce qu'elles sont inutiles. Lorsqu'un fonctionnaire a commis une faute très grave, la révocation fournit généralement un moyen bien plus efficace de sauvegarder la considération de la fonction, de rétablir le bon ordre dans le service et d'empêcher toute récidive. Si les arrêts, la prison, figurent dans les codes des armées de terre et de mer, c'est que la discipline militaire doit être particulièrement stricte et affecte un caractère pénal assez accentué (1).

(1) Ordonnance du 2 novembre 1833, art. 268. — En ce qui concerne les militaires autres que les officiers, l'expulsion du coupable serait d'ailleurs en contradiction avec le principe du service obligatoire.

Les amendes ne répondent pas non plus à l'objet du droit disciplinaire, aussi sont-elles peu usitées (1). Enfin la sanction ne se traduit jamais par des indemnités, puisqu'on ne cherche nullement à réparer les dommages causés aux intérêts privés (2).

Quelles sont donc les mesures disciplinaires que détiennent les autorités ?

En dehors des peines morales, ce sont surtout des pénalités « professionnelles », c'est-à-dire qui tendent à mettre temporairement ou définitivement le coupable dans l'impossibilité de nuire à la fonction.

Parmi les peines morales, les unes, comme l'avertissement (3), la citation devant le supérieur (4), se résument en un rappel à l'ordre, en un blâme adressé par la voie hiérarchique et n'atteignent le coupable que dans son amour-propre. Bien qu'elles soient or-

(1) En France, les amendes existent surtout dans la discipline des officiers ministériels peut être parce que la destitution est à leur égard d'une application plus difficile par suite de la persistance des offices. (Loi du 25 juin 1841, art. 7 et 8.) Dans la discipline des fonctionnaires les amendes sont exceptionnelles et ne constituent jamais une peine principale. En Allemagne, des amendes sont couramment infligées aux fonctionnaires civils qui dans certaines législations sont même passibles de prison. Dans ces pays, la fonction publique a conservé un caractère militaire. V. Laband, *op. cit.*, II, p. 160 et s. — O. Mayer, *op. cit.*, IV, p. 78.

(2) Cass., 24 juillet 1888. S. 88. 1.464.

(3) Loi du 20 avril 1810, art. 49 (magistrats). Décrets du 28 août 1891, art. 29 (maîtres-répétiteurs).

(4) Droit de « veniat » exercé par le garde des Sceaux : loi du 30 août 1883, art. 7 (juges). — Loi du 20 avril 1810, art. 60 (membres du parquet).

dinairement secrètes, on espère qu'elles suffiront à prévenir de nouvelles infractions.

Au contraire, la réprimande, la censure (1) ne sont pas des mesures purement préventives. Elles s'accompagnent parfois d'une retenue de traitement (2) et d'une publicité plus ou moins large (3). Pour ces raisons, elles sont assujetties à certaines formalités et toujours susceptibles d'appel.

A défaut d'un statut, la peine morale s'exprime d'une manière quelconque, le plus souvent par une simple note contenant réprobation de la conduite de l'agent et l'invitant à se mieux pénétrer de ses devoirs.

Les sanctions disciplinaires les plus importantes sont celles qui touchent à l'exercice de la fonction et accessoirement au traitement et à la capacité des fonctionnaires.

La moins élevée est le déplacement (4). Celui-ci, outre l'ennui et les frais d'un changement de résidence, pourrait encore présenter plus de gravité, si le nouveau poste impliquait une rétrogradation et une diminution des appointements. Aussi les agents qui

(1) Loi du 15 mars 1850, art. 76. — Loi du 27 février 1880, art. 13.
— Loi du 30 octobre 1886, art. 30 (professeurs des trois ordres d'enseignement).

(2) Loi du 30 août 1883, art. 17 (magistrats).

(3) Loi du 30 octobre 1886, art. 31 (instituteurs).

(4) V. *Recueil des circulaires de l'Administration des contributions directes*, circulaire n° 721.

possèdent un « état » ne sont habituellement déplacés que sur avis conforme d'un Conseil de discipline (2) et, en tout cas, cette décision ne doit pas entraîner pour eux nomination à un grade inférieur (2).

Après les déplacements viennent les pénalités qui, sans enlever l'exercice de la fonction, font perdre à son titulaire certains avantages matériels, actuels ou futurs, comme le droit à l'avancement ou le droit à un traitement supérieur. Telles sont la radiation du tableau d'avancement, la rétrogradation de classe, la rétrogradation de fonctions et la mutation pour emploi inférieur (3).

Lorsque le fonctionnaire est privé temporairement de son emploi, la peine prend alors le nom de suspension, retrait d'emploi ou mise en disponibilité (4). Cette mesure qui, en principe, comporte un maximum de durée, se distingue de la révocation en ce que l'emploi est seul retiré et non la fonction. Aussi l'agent conserve son titre, reste justiciable des tribu-

(1) Loi du 30 août 85, art. 15 et décret du 24 octobre 1885 (enseignement supérieur).

(2) Loi du 27 février 1880 (enseignement secondaire).

(3) Loi de 1834, art. 16 (officiers). Décret du 28 août 1891, art. 29 (maîtres-répétiteurs). — Loi du 27 février 1880, art. 14 (enseignement supérieur et secondaire).³

(4) Décret du 2 juin 1899, art. 22 (personnel de l'Administration des travaux publics aux colonies : 3 mois). — Loi du 20 avril 1810, art. 58 (magistrats). — Loi du 27 février 1880, art. 7 et 15 (professeurs de l'enseignement supérieur et secondaire : un an). — Décret du 28 août 1891, art. 29 et 30 (maîtres-répétiteurs).

naux disciplinaires. Il ne lui est pas désigné un remplaçant, mais un suppléant.

La suspension, en général, motive une retenue totale ou partielle du traitement (1). Mais cette peine pécuniaire n'équivaut pas forcément à une amende : les émoluments sont attachés à l'exercice de la fonction et doivent logiquement disparaître avec lui. C'est aussi cette considération qui justifie les prélèvements opérés sur les appointements des agents qui s'absentent sans congé. Cependant, lorsque la retenue est supérieure au traitement correspondant à la durée de la suspension ou de l'absence irrégulière, elle a bien le caractère d'une amende au moins pour partie.

Enfin la révocation, qui rompt tout lien entre l'Etablissement public et le fonctionnaire, est la dernière sanction disciplinaire. Il faut lui assimiler la mise en réforme des officiers, la déchéance des juges et aussi la démission forcée (2).

La relégation définitive de la fonction, tant par elle-même que par les conséquences qu'elle peut avoir (perte des droits à la retraite), est certainement la plus lourde des pénalités. C'est pourquoi, dès qu'il est question d'accorder à un ordre déterminé de fonctionnaires la possession d'un « état », le premier

(1) Loi du 20 avril 1810, art. 50 (magistrats). — Décret du 9 novembre 1853 (fonctionnaires de l'enregistrement). — Circulaire ministérielle du 20 février 1847 (Fonctionnaires des contributions directes).

(2) Décret du 24 décembre 1851, article 26 (ingénieurs des mines).

pas fait dans cette voie consiste à réglementer le droit de révocation, ne serait-ce que par l'obligation imposée à l'autorité disciplinaire d'en référer à un supérieur, de n'agir que sur la proposition d'une autre autorité ou enfin de demander l'avis d'une commission (1).

Mais si la révocation est discrétionnaire, l'autorité qui la prononce peut lui donner le nom et la forme qu'il lui plaît et mettre, par exemple, en disponibilité, puis refuser la réintégration (2).

Parfois le fonctionnaire révoqué subit en même temps certaines déchéances qui participent du caractère des peines du droit pénal, puisqu'elles n'ont plus aucun rapport avec l'intérêt de la fonction. C'est ainsi que les membres de l'Enseignement sont frappés de l'interdiction d'enseigner (3).

Telles sont les différentes sanctions remises entre les mains des chefs hiérarchiques et des juridictions investies du pouvoir disciplinaire. Elles menacent tous les fonctionnaires quelles que soient les garanties qui leur sont assurées par la loi. Il n'y aurait pas de différence à faire entre les titulaires et les suppléants. Un avocat ou un avoué, appelé à siéger au tribunal,

(1) Loi du 30 octobre 1886, art. 27 et s. (instituteurs). — Décret du 1^{er} décembre 1899, art. 17 (Administration centrale des finances).

(2) Conseil d'Etat, 30 novembre 1894, Lebon, p. 635.

(3) V. par exemple, la loi du 30 octobre 1806, art. 31 et 45. — Cf. l'interdiction d'exercer toute fonction publique prévue par l'article 175 du Code pénal.

est soumis à toutes les règles de la discipline judiciaire et passible de toutes les mesures qui ne sont pas incompatibles avec sa situation.

Ceux-là mêmes qui sont sortis de charge ne sont pas à l'abri des poursuites, mais les pénalités ne porteront nécessairement que sur les prérogatives qu'ils ont pu conserver. Ainsi à un Conseiller d'Etat ou à un magistrat en retraite, on pourra retirer le bénéfice de l'honorariat (1). Par contre, nous croyons qu'une démission, à condition d'avoir été acceptée, soustrait le fonctionnaire à toute obligation disciplinaire. Il n'a plus rien de commun avec le corps dont il a fait partie, et ce dernier peut se désintéresser de sa conduite (2).

Enfin la faute et la responsabilité disciplinaires peuvent être collectives, et la loi de 1883, en prohibant les délibérations politiques des Cours et Tribunaux, le prévoit expressément. Il n'y aurait aucun motif pour ne pas généraliser cette disposition. Le fait condamnable chez l'individu ne devient pas licite parce qu'il émane d'une collectivité (3).

Si les peines de la discipline étatique sont communes à tous ceux qui exercent ou ont exercé des fonctions publiques, les procédures suivies pour leur application offrent au contraire la plus grande variété.

(1) Loi du 13 avril 1879, art. 3 (conseillers d'Etat).

(2) O. Mayer, *op cit.*, IV, p. 86 et note 26.

(3) Cass., 21 juin 1880, S.80.1.299.— Cass., 9 avril 1884, S.84.1.280

SECTION III

La procédure disciplinaire

Avant d'examiner séparément les différentes procédures employées dans la discipline étatique, il importe de préciser certaines règles générales et notamment l'imprescriptibilité et l'indépendance des poursuites disciplinaires.

Tandis que l'action civile protège les intérêts des particuliers et l'action pénale les intérêts de la société, l'action disciplinaire se préoccupe uniquement de protéger l'intérêt de la fonction. Dès lors, on conçoit qu'elle puisse se cumuler avec les poursuites à fin civile ou pénale : c'est la seule manière de donner satisfaction à tous les intérêts qu'une même infraction a pu léser.

Ainsi, lorsqu'un fonctionnaire coupable a déjà été condamné par une juridiction de droit commun, l'autorité disciplinaire reste libre de lui infliger une nouvelle peine (1), sous cette seule réserve que les faits matériels démontrés en justice ne seront pas contestés.

(1) Conseil d'Etat, 25 février 1876, D. 76.3.68. — Morin, *De la discipline des Cours et tribunaux*, II, n° 412.

On est seulement autorisé à leur donner une autre interprétation. De même, quand l'affaire est en instance devant un tribunal judiciaire, l'action disciplinaire n'est pas arrêtée ni par l'exception de litispendance ni par la règle : le criminel tient le civil en état (1). Cependant dans la pratique il y aura toujours avantage à surseoir et à ne pas préjuger du résultat des poursuites en cours. C'est d'ailleurs le principe adopté par les autorités disciplinaires (2). Parfois même cette abstention s'impose afin de ne pas empiéter sur les attributions du tribunal. Ainsi l'ouverture d'une instruction parallèle pourrait constituer un véritable empiètement (3).

Les sanctions civile, pénale et disciplinaire, bien que résultant de la même faute, n'ont cependant pas la même cause ni le même but : elles sont donc complètement indépendantes entre elles. Et cette indépendance se manifeste non seulement au point de vue de leur exercice mais encore au point de vue de leurs effets. Traduit successivement devant la juridiction répressive et devant la juridiction disciplinaire ou inversement, l'inculpé peut être acquitté par l'une et condamné par l'autre sans qu'il y ait pour cela contrariété de jugement.

(1) En ce sens : Morin, *op. cit.*, p. 214. — Contra : Garraud, *Précis de droit criminel*, p. 423.

(2) Schmidt, *Les arrêts du Conseil supérieur de l'Instruction publique*, p. 287 et note. — V. Pau, 4 janvier 1881, D. 82.2.8.

(3) Montpellier, 28 janvier 1884, S. 85.2.52.

Toutefois il faut se garder d'en conclure que la sanction disciplinaire ignore la sanction pénale. En réalité, une condamnation pénale ou une simple poursuite provoquerait l'intervention des autorités disciplinaires et souvent même entraînerait une peine déterminée (1) ou la déchéance de la fonction (2).

Ainsi l'action disciplinaire est vis-à-vis de l'action pénale (ou civile) dans une situation très analogue à celle du recours hiérarchique vis-à-vis du recours contentieux. En effet, l'action disciplinaire possède un domaine qui lui est propre, celui des fautes purement professionnelles. Elle est au contraire parallèle à l'action pénale quand l'infraction commise présente un caractère délictuel. Enfin, normalement indépendantes, ces deux voies de droit peuvent néanmoins se compléter sans jamais s'exclure mutuellement.

Une autre particularité du droit disciplinaire vient de ce que le bénéfice de la prescription n'est jamais accordé au coupable. Il est admis en matière pénale car après expiration d'un délai plus ou moins long, les preuves deviennent difficiles à établir et le châtiment manque d'exemplarité. Mais ces motifs ne portent pas ici : le juge ou le supérieur ont toujours une très grande latitude dans l'administration de la preuve et, d'autre part, l'exemplarité n'est pas l'objet de la dis-

(1) Loi du 20 avril 1810, art. 58.

(2) Schmidt, *op. cit.*, p. 214.

cipline (1). Sinon lorsqu'une faute déjà ancienne et qui serait de nature à diminuer son auteur dans l'estime de ses administrés parviendrait à la connaissance du public, l'autorité disciplinaire se trouverait désarmée et dans l'impuissance de mettre fin au scandale.

On pourrait même incriminer des actes antérieurs à l'entrée en fonctions à moins que ceux-ci ne soient devenus illicites que du fait de la fonction, c'est-à-dire postérieurement à l'époque où ils ont été accomplis. Ainsi il serait injuste de reprocher à un magistrat la signature d'une lettre de change parce que cet acte interdit à un juge est parfaitement licite de la part de tout autre citoyen.

En dehors de ces règles générales, la procédure disciplinaire se présente sous des aspects très divers, suivant que le fonctionnaire jouit ou non d'un statut.

§ 1. — *La discipline hiérarchique.*

Nous avons vu que le type de la discipline étatique était celle qui s'exerçait par la voie hiérarchique. Ce type primitif s'est modifié et a pris en faveur de certains fonctionnaires privilégiés une forme nettement juridictionnelle. Mais le plus grand nombre des agents de l'Etat et des Etablissements publics n'ont pas pro-

(1) Morin, *op. cit.*, II, p. 195. — V. Paris, 25 août 1881, S. 82.2.73.

fité d'une semblable transformation et leur discipline apparaît comme une simple manifestation du pouvoir hiérarchique avec lequel elle se confond.

Le supérieur est juge souverain de l'opportunité d'une sanction et du choix de cette dernière. Par l'emploi des pénalités disciplinaires, il atteint des subordonnés dans leur personne comme il les atteint dans leurs actes par son droit d'annulation et de réformation. Les préfets et sous-préfets, les membres des juridictions administratives (1), les officiers du ministère public, les employés des administrations centrales et des services extérieurs, les agents de la commune et du département sont en principe soumis à ce régime.

Cependant, la plupart de ces fonctionnaires ne sont pas complètement livrés à l'arbitraire de leurs chefs. S'ils n'ont pas encore un statut, on leur a déjà accordé diverses garanties qui, sans être très protectrices, constituent cependant un progrès réel et font prévoir le moment où le pouvoir disciplinaire ne conservera plus son caractère discrétionnaire qu'à l'égard des fonctionnaires politiques.

A quelles autorités le pouvoir disciplinaire est-il confié, à quelles formalités est-il soumis, enfin à quels recours peut-il donner lieu, telles sont les trois questions qu'il convient de se poser.

(1) Il faut mettre à part les Conseillers à la Cour des comptes qui, à la différence des Conseillers d'Etat et des Conseillers de préfecture, ont un statut.

Dans la discipline hiérarchique, l'initiative des mesures de répression appartient ordinairement aux autorités qui sont appelées à les prendre. Il n'y a pas auprès d'elles des organes spéciaux faisant office de ministère public. Mais le supérieur ne saurait étendre son contrôle sur tous ses collaborateurs. Aussi dans chaque branche ou division du service trouvons-nous des agents qui, tout en n'ayant pas la qualité de supérieurs, occupent une haute situation et possèdent un droit de surveillance générale. Par la rédaction des notes qui serviront à former le dossier, par l'envoi de rapports, ils attireront l'attention de l'autorité sur tous les manquements qui leur semblent mériter une peine disciplinaire. Ce sont eux qui en réalité sont les vrais instigateurs des poursuites. Ainsi dans le ressort de la Cour, le procureur général informe le Garde des sceaux chaque fois qu'il a été obligé de « rappeler à leurs devoirs » les membres du parquet (1).

Parfois le chef hiérarchique n'agit que sur la proposition qui lui en est faite par un supérieur d'ordre moins élevé (2). Plus rarement il ne statue que provisoirement et à charge d'en référer immédiatement à un supérieur plus élevé qui prononce définitivement (3).

(1) Loi du 20 avril 1810, art. 60.

(2) Arrêté du 14 juin 1853, art. 3 (administration des contributions indirectes).

(3) Décret du 1^{er} décembre 1899, art. 17 (administration centrale des finances).

Mais si l'initiative et l'exécution sont généralement réunies entre les mêmes mains, cela ne signifie point que les fonctionnaires qui n'ont pas un « état » soient toujours placés sous la dépendance d'une autorité unique. Sans doute, ils relèvent normalement de l'autorité qui les a nommés, mais la compétence de celle-ci est souvent restreinte à certaines peines déterminées soit parce que la loi l'a autorisée à déléguer une partie de ses prérogatives, soit parce qu'elle a expressément partagé le pouvoir disciplinaire entre plusieurs supérieurs.

Ainsi le Président de la République nomme et révoque les conseillers d'Etat, les directeurs généraux des régies financières, les ingénieurs des Ponts et Chaussées, les officiers du ministère public, les préfets et sous-préfets ainsi que les directeurs des différentes administrations. Les peines moins graves que la révocation sont au contraire appliquées par les ministres. Ainsi le Garde des sceaux dispose à l'égard des membres du parquet d'un droit de réprimande et de *veniat* (1), et le ministre des Travaux publics peut déplacer un ingénieur des Ponts et Chaussées (2).

Les ministres ont également un pouvoir disciplinaire absolu sur tous les agents des administrations centrales et régionales qui ne sont pas à la nomina-

(1) Loi du 13 octobre 1883, art. 17.

(2) Décret du 13 octobre 1851 (Ponts et Chaussées).

tion du Chef de l'Etat : préposés, contrôleurs, receveurs, inspecteurs, rédacteurs, chefs et sous-chefs de bureau, sous-directeurs, etc. Mais en ce qui concerne les emplois subalternes, ils délèguent leurs attributions à des chefs de service (1).

De même, le préfet choisit et destitue les fonctionnaires de ses bureaux, le personnel inférieur de l'assistance publique, de la voirie (2), ainsi que de nombreux employés des services de l'Etat : Contributions directes et indirectes, Enseignement primaire, Postes et Télégraphes, Ponts et Chaussées, etc (3). Par contre et bien qu'ils soient désignés par lui, les préposés en chef des octrois (4), les commissaires de police dans les villes de moins de 6.000 habitants (5), les receveurs des hospices (6) sont révoqués par le ministre des finances ou le ministre de l'intérieur.

Enfin le maire dans la commune nomme à tous les emplois municipaux et par conséquent est investi du pouvoir disciplinaire sur tous leurs titulaires. Toutefois la règle, ici encore, comporte des exceptions puisqu'il a le droit de suspendre le garde champêtre ou

(1) Voir par exemple l'ordonnance du 12 décembre 1844, et le décret du 19 janvier 1885 (régies financières).

(2) Loi du 21 mai 1836, art. 11.

(3) Décret du 25 mars 1852, art. 5.

(4) Loi du 28 avril 1816, art. 155.

(5) Décret du 28 mars 1852, art. 6.

(6) Loi du 21 mai 1873.

les agents de la police locale (1), et que le préfet peut seul les révoquer.

Les sanctions disciplinaires que détiennent ces différentes autorités sont fréquemment entourées de formalités plus ou moins sommaires qui constituent les seules entraves apportées au pouvoir des supérieurs hiérarchiques.

Ces derniers sont d'abord tenus de se maintenir dans les limites de leur compétence et de donner à toute révocation les formes exigées pour la nomination. De plus ils ont été astreints par la loi ou le règlement à l'observation d'autres prescriptions plus précises, du moins quand il s'agit d'infliger une pénalité grave comme la suspension ou révocation. C'est ainsi que souvent ils ne peuvent rien sans l'intervention d'une autre autorité ou d'un conseil de discipline.

En effet, il y a parfois pour l'autorité disciplinaire obligation de ne sévir que sur la proposition ou sur l'avis d'un autre supérieur. Ainsi le ministre des travaux publics, avant de frapper un agent subalterne des Ponts et Chaussées, doit attendre le rapport du chef de service et l'avis de l'inspecteur divisionnaire (2).

(4) Loi du 5 avril 1884, art. 102. Semblablement, le sous-préfet compétent quand il s'agit de suspendre un préposé d'octroi ne l'est plus quand il s'agit de le révoquer : cette mesure est réservée au préfet. Loi du 28 avril 1816, art. 156 et décret du 13 avril 1861, art. 6.

(2) Décret du 13 octobre 1851, art. 38.

Quand, au contraire, l'approbation du supérieur hiérarchique est nécessaire pour valider la décision de l'autorité disciplinaire, celle-ci n'a plus en réalité qu'un simple droit de proposition et ce cas rentre dans l'hypothèse précédente (1).

Il est évident que cette double intervention n'est jamais qu'une protection illusoire.

Les conseils de discipline présentent des garanties un peu plus sérieuses. Ces conseils ont été créés dans les Régies financières par des textes déjà anciens (2). Composés du directeur général et de deux ou trois administrateurs, ils donnent leur avis sur les mesures disciplinaires que le directeur général soumet à leur appréciation.

Ce système a été adopté par toutes les administration centrales (3). Dans chacune d'elles a été institué

(1) Décret du 28 mars 1852, art. 6 (commissaires de police). — Arrêté du 24 juin 1853 et ordonnance du 23 janvier 1821 (régies financières).

(2) Ordonnance du 3 janvier 1851, art. 5 et 6 et décret du 1^{er} décembre 1899 (Enregistrement). — Arrêté du 24 juin 1853, art. 3 (Contributions directes). — Ordonnance du 3 janvier 1821, art. 4, et ordonnance 17 décembre 1844, art. 59 (Contributions indirectes). — Ordonnance du 30 janvier 1822, art. 5 (Douanes).

(3) Décret du 15 juillet 1897 (intérieur), 1^{er} août 1899 (commerce), 29 juillet 1899 (guerre), 20 octobre 1898 (agriculture), 31 janvier 1902 (marine), 23 mai 1896 (colonies), 8 février 1882 (affaires étrangères), 1^{er} décembre 1899 (finances). — C'est à une procédure semblable qu'est soumise la révocation des ingénieurs des Ponts et Chaussées : Décrets du 13 octobre 1851, art. 25 et du 17 août 1853,

un conseil comprenant les directeurs et les chefs de service et de division. C'est à lui que revient le soin de dresser le tableau d'avancement. En outre, il est appelé à fournir son avis sur toutes les peines, autres que le blâme ou la réprimande, proposées par le ministre. Ce dernier n'est pas admis à prendre part à la délibération.

Les arrêtés de révocation sont motivés et mentionnent l'avis du Conseil. Enfin le coupable est « entendu dans ses moyens de défense ou dûment appelé ».

Ces dispositions préviendront certainement des abus mais elles ne sauraient tenir lieu de statut. Le ministre n'étant jamais lié par l'opinion du Conseil, celui-ci ne joue pas le rôle d'un tribunal mais plutôt d'un comité consultatif.

Malgré son insuffisance, cette forme de procédure indique un commencement d'évolution dans le sens d'une discipline juridictionnelle. En exigeant non plus seulement l'avis mais l'avis conforme d'une commission et peut-être même en y introduisant quelques membres élus, l'évolution serait complète.

Il faut observer en terminant que ces garanties qui ne risquent cependant pas de compromettre l'autorité hiérarchique, n'ont pas été accordées à tous les fonctionnaires. La situation des agents de la commune est

art. 15. — Voir également les décrets du 9 juin 1905 réglant l'avancement et la discipline des agents des Postes et Télégraphes.

notamment restée des plus précaires. La réglementation se heurterait en l'espèce aux franchises municipales, mais nous ne croyons pas que les deux choses soient inconciliables.

Contre les mesures qui les frappent disciplinairement, les fonctionnaires peuvent intenter un recours contentieux ou un recours hiérarchique.

Ce dernier reste possible tant que la hiérarchie n'est pas épuisée et s'exerce dans les conditions que nous connaissons. Il faut observer cependant qu'il aboutit rarement à une réformation car le pouvoir disciplinaire étant un pouvoir propre, les actes par lesquels il se traduit doivent être annulés purement et simplement.

Le recours pour excès de pouvoir est également ouvert aux intéressés : En effet, le Conseil d'Etat est juge de la légalité de tous les actes administratifs. D'autre part « le principe de la subordination n'est pas considéré en France comme faisant obstacle aux recours légaux d'un inférieur contre les infractions à la loi et aux droits acquis que le supérieur commettra à son préjudice (1) ».

Dès lors, les pénalités disciplinaires peuvent faire l'objet d'un recours fondé sur l'incompétence, le vice de forme, la violation de la loi et des droits acquis ou le détournement de pouvoir.

(1) Laferrière, *op. cit.*, II, 2^e édit., p. 446.

L'incompétence est l'inaptitude légale à accomplir un acte déterminé. Ce moyen pourrait être invoqué même par les fonctionnaires qui n'ont par ailleurs aucune garantie contre l'autorité disciplinaire, car, la répartition des compétences étant de droit public, nul ne peut y déroger. Le ministre de l'intérieur, est par exemple, incompétent pour révoquer un maire au lieu et place du chef de l'Etat ou pour révoquer un garde-champêtre au lieu et place du préfet.

C'est surtout dans l'omission totale ou partielle des formalités prescrites par les fonctionnaires trouveront le grief qui leur permettra d'aborder la juridiction administrative. Celle-ci est très large dans l'admission des pourvois motivés par un vice de forme et annule tous les actes entachés d'une irrégularité quelconque sans distinguer entre les formalités principales et les formalités accessoires. Ainsi lorsqu'un Conseil de directeurs n'a pas été composé suivant les règles édictées par la loi (1) ou lors qu'il n'a pas entendu l'inculpé (2), les décisions que prend le ministre après l'avoir consulté sont annulables. Quand un texte ne lui a pas imposé une forme particulière, la révocation doit au moins revêtir la même forme que la nomination.

Les parties peuvent encore arguer d'une violation de la loi et des droits acquis. Un inspecteur de l'En-

(1) Conseil d'Etat, 30 décembre 1903 (Sauvage).

(2) Conseil d'Etat, 21 avril 1893, D. 94.3.41.

seignement primaire déplacé sans avoir pu obtenir communication de son dossier, comme la loi du 22 avril 1905 lui en donne le droit, vit sa requête favorablement accueillie par le Conseil d'Etat (1). Un arrêté de nomination rendu par le ministère de l'intérieur en violation du décret de 1897 (2) et méconnaissant le droit à l'avancement de certains agents tomba aussi sous le coup d'une annulation (3).

Les raisons qui ont provoqué la sanction disciplinaire échappent à la connaissance du tribunal administratif (4). Toutefois, il se reconnaît le droit de les apprécier lorsque le motif du recours est le détournement de pouvoir. Ainsi l'autorité fait un mauvais usage de ses pouvoirs quand ses déterminations lui sont dictées par des préoccupations d'ordre financier ou quand elle déguise une révocation sous le nom d'une mise à la retraite ou d'une suspension (5).

Bien plus, un agent de la police locale ayant été suspendu par le maire, pour avoir dressé un procès-verbal reconnu fondé par la suite, cette mesure fut

(1) Conseil d'Etat, 6 juillet 1906, Lebon, p. 628. Même cas et même solution, Conseil d'Etat, 29 septembre 1906.

(2) Décret du 15 juillet 1897, art. 9.

(3) Conseil d'Etat, 1^{er} juin 1905, Lebon, p. 515.

(4) Conseil d'Etat, 9 novembre 1906, Lebon, p. 790.

(5) Conseil d'Etat, 9 juin 1883, Lebon, p. 555. — Conseil d'Etat, 19 novembre 1897, S. 98.3.113 — 24 février 1899, S. 99.3.501 — 6 août 1898 (Bloud).

déclarée abusive et annulée (1). Le Conseil d'Etat en généralisant cette solution s'attribuerait le droit de discuter les pénalités disciplinaires infligées par la voie hiérarchique et d'anéantir celles qui n'auraient pas été inspirées par l'intérêt de la fonction. Les lois d'organisation administrative ont pour objet d'assurer la marche régulière et continue des services publics : toute considération étrangère devrait donc être écartée dans l'application des sanctions disciplinaires.

Peut-être les agents qui n'ont pas de statut trouveraient-ils dans l'extension de cette jurisprudence de précieuses garanties, mais nous pensons qu'il sera bientôt inutile de recourir à ce détour grâce à la concession d'un « Etat » à tous les fonctionnaires publics qui en sont encore dépourvus et dont les attributions n'ont pas un caractère politique.

Il nous reste deux dernières remarques à présenter. Tout d'abord l'action contentieuse n'est jamais autorisée contre les peines purement morales, telles que le blâme ou la reprimande. En second lieu, l'arrêt du Conseil d'Etat n'a pas pour effet de réintégrer *ipso facto* le fonctionnaire révoqué ou suspendu : en fait sa décision est toujours acceptée par l'administration.

(1) Conseil d'Etat, 16 décembre 1900, Lebon, p. 617. Cf. — Conseil d'Etat, 9 août 1894, Lebon, p. 547 — 20 novembre 1896 (commune de Sartène).

En résumé, les fonctionnaires publics n'ayant d'autres droits que ceux qu'ils tirent de la loi ou du règlement ne peuvent exiger que le respect des textes qui les régissent ; et quand ils ne bénéficient pas d'une situation privilégiée ils seront plus ou moins protégés suivant que la loi aura été plus ou moins explicite à leur égard.

§ 2. — *La discipline juridictionnelle.*

Certaines charges publiques ne comportent pas l'exercice du pouvoir disciplinaire par la voie hiérarchique, dans le but d'assurer à ceux qui les remplissent une protection efficace contre l'omnipotence du supérieur.

Ce privilège se justifie par diverses considérations. Il est indispensable aux fonctions qui demandent une longue pratique, et supposent un recrutement exclusivement professionnel. De plus, l'autorité discrétionnaire des chefs est moins nécessaire dans les services qui ne présentent aucun caractère politique et gouvernemental et même dans certains cas l'indépendance de l'agent est inhérente à la fonction : la magistrature par exemple postule l'inamovibilité.

Aussi les juges ont-ils été les premiers à profiter de dispositions législatives spéciales, conformes

d'ailleurs à la tradition et qui leur rendirent l'indépendance qu'avait un instant menacée la suppression de la vénalité des offices. Successivement ces avantages furent étendus aux officiers des armées de terre et de mer et, bien qu'inégalement, aux professeurs des trois ordres d'enseignement.

Dans ces disciplines l'idée de juridiction se substitue à l'idée de police, et cette transformation est désirable dans la mesure où elle est compatible avec la nature du service.

En effet, on a pensé avec raison, que les meilleures garanties à accorder aux sujets du pouvoir disciplinaire étaient celles qui résulteraient de la procédure et des règles suivies dans l'administration de la justice et du jugement par les pairs. Lorsque la loi a ainsi créé « l'état » du fonctionnaire lorsqu'elle a posé les principes qui devront être observés en matière d'avancement et de discipline, la jurisprudence du tribunal vient peu à peu préciser tous les points de droit que les textes n'auraient pas résolus.

Mais cela ne veut pas dire que la discipline, sous sa forme hiérarchique, ait complètement disparu. Elle se manifeste par le droit d'infliger les peines légères et par le droit d'engager les poursuites devant la juridiction pour les peines plus graves : grâce à ces deux prérogatives, les supérieurs ont encore un rôle considérable.

En premier lieu, ils prononcent librement ou après

avis d'un conseil, des peines qui, tout en étant plus douces que celles qui sont réservées à la juridiction n'en présentent pas moins une certaine gravité. Ainsi le Garde des Sceaux détient le droit de réprimande, de *veniat* et parfois le droit de suspension, tandis que les présidents des Cours et tribunaux possèdent le droit d'avertissement (1). Le ministre de l'instruction publique peut censurer ou suspendre les professeurs de l'Enseignement supérieur ou secondaire (2) et les instituteurs sont révocables par le préfet sur la proposition de l'inspecteur d'Académie et sur avis de la Commission départementale à laquelle on n'a réservé que la peine d'interdiction (3). Le chef de l'Etat met en disponibilité les officiers sur rapport du ministre de la guerre (4).

La discipline hiérarchique subsiste donc à côté de la discipline juridictionnelle, et peut conserver une très grande importance au point de ne laisser à la juridiction que le soin d'appliquer la sanction la plus grave.

En second lieu, les supérieurs ont l'initiative de poursuite. Ainsi dans l'enseignement, le ministre (5),

(1) Loi du 20 avril 1810, art. 48 et 49. — Loi de 1883, art. 17.

(2) Loi du 27 février 1880, art. 15.

(3) Loi du 30 août 1883, art. 17, 29, 30.

(4) Loi du 19 mai 1834.

(5) Loi du 30 août 1883, art. 16, et loi du 27 février 1880.

le préfet (1), le recteur (2), l'inspecteur d'académie (3) remplissent auprès des différents organes disciplinaires, les fonctions du ministère public.

Une fois l'action ainsi mise en mouvement, l'affaire est portée devant une juridiction disciplinaire.

Le mode de recrutement de ces juridictions est très variable. Les juges sont nommés par l'administration supérieure (4) ou se trouvent désignés par le poste qu'ils occupent (5), ce qui équivaut à une nomination indirecte. Le plus souvent on combine un de ces deux procédés avec celui de l'élection des juges par les justiciables (6). Enfin la présidence est fréquemment attribuée à un supérieur. Ainsi le préfet préside la commission départementale (7) et le recteur préside le Conseil de l'Université (8).

Dans la procédure suivie par les justices disciplinaires on se préoccupe particulièrement de sauvegarder les droits de la défense. Ce souci est d'autant

(1) Schmidt, *op. cit.*, p. 49.

(2) Loi du 7 février 1880, art. 11. — Décret du 21 juillet 1897, art. 17.

(3) Décret du 4 décembre 1886.

(4) Loi du 19 mars 1834 (discipline militaire).

(5) Ex. : le Conseil supérieur de la magistrature.

(6) Loi du 30 octobre 1886 (Commission départementale). Loi du 27 février 1880, art. 11 (Conseil supérieur de l'Instruction publique).

(7) Loi du 30 octobre 1888, art. 44.

(8) Décret du 21 juillet 1897, art. 11.

plus légitime que la garantie résultant de la publicité des débats fait ici défaut et que ce ne sont pas seulement des intérêts pécuniaires qui sont en jeu mais l'honneur d'un citoyen.

Toute poursuite est précédée d'une citation à comparaître (1) qui doit comporter un certain délai (2) et contenir l'énonciation du fait incriminé (3). Les pièces et les conclusions du ministère public sont communiquées à l'accusé (4) qui, tout en ayant la faculté de se faire assister d'un défenseur (5) est cependant tenu de comparaître en personne. On lui reconnaît le droit de récusation et de renvoi ainsi que le droit d'avoir le dernier la parole (6). Enfin en cas de partage des voix, c'est la solution la plus favorable à l'inculpé qui prévaut.

Le juge disciplinaire se décide d'après son intime conviction et jouit de la plus entière latitude dans la recherche et l'appréciation des preuves. Toutefois, si l'action disciplinaire est consécutive à une action pénale, les faits matériels démontrés devant le tribunal répressif ne sauraient plus être mis en doute. Un sys-

(1) Cass., 12 mars 1902, D. 1902.1.140.

(2) Décret du 21 juillet 1897, art. 19.

(3) Cass., 24 janvier 1881, D. 81.1.218.

(4) Conseil supérieur de l'Instruction publique, Décret du 19 mars 1898, art. 10.

(5) Loi du 27 février 1880, art. 11, et décret du 11 mars 1898, art. 11.

(6) Cass., 17 décembre 1900, D. 1906.1.237.

tème de preuves morales très large s'impose en cette matière sinon le tribunal serait souvent obligé d'abandonner l'accusation ou d'absoudre.

La juridiction disciplinaire statue généralement par un jugement motivé qui lie l'autorité hiérarchique. Quand son rôle se borne à donner un avis conforme ou à rejeter les propositions qui lui sont faites par l'administration, il n'y a pas un jugement puisque sa liberté est réduite à une alternative (1). Cependant, la nécessité d'obtenir un avis conforme d'une juridiction pour infliger une peine disciplinaire constitue une protection très efficace.

Les recours ouverts contre la sentence du tribunal disciplinaire sont : l'opposition, l'appel et le pourvoi en cassation.

L'opposition contre un jugement rendu par défaut est la sanction du droit qu'a tout inculpé de présenter sa défense.

L'appel, c'est-à-dire la faculté de porter l'affaire devant un tribunal supérieur, n'existe que dans la discipline des membres de l'enseignement car c'est la seule qui présente plusieurs degrés de juridiction. Ainsi les décisions du Conseil académique ou du Conseil de l'Université sont déférées au Conseil supérieur de l'Instruction publique. L'appel est suspensif conformément aux règles du droit commun.

(1) Loi du 27 février 1880, art. 14.

Si l'appel n'est pas toujours possible, le recours en cassation pour incompétence ou excès de pouvoir ne doit jamais être refusé aux parties, alors même que la loi ne l'aurait pas spécifié (1). Le tribunal compétent pour en connaître est le Conseil d'Etat, qui après avoir annulé la décision illégale renverra l'inculpé devant la juridiction disciplinaire (2).

Les peines prononcées par la voie juridictionnelle ayant tous les caractères d'une condamnation, on s'est demandé si les causes d'extinction propres aux pénalités du droit commun leur étaient applicables.

Ainsi le chef de l'Etat, usant du droit que lui donne l'article 3 de la Constitution, peut-il gracier un fonctionnaire frappé disciplinairement ? Après l'avoir longtemps admis (3), la jurisprudence est revenue sur cette première opinion et un avis du Conseil d'Etat a formellement écarté le droit de grâce en matière disciplinaire (4).

En effet, lorsque la peine disciplinaire est accessoire à une condamnation pénale, lorsqu'elle est encourue de plein droit, parfois même sans que l'auto-

(1) Conseil d'Etat, 3 août 1883, S. 85.3.48. Cependant cette voie de droit ne saurait être employée contre les arrêts de la Cour de cassation jugeant disciplinairement.

(2) Il faut observer que les particuliers qui ont pu être lésés par l'infraction disciplinaire n'interviennent dans la procédure disciplinaire qu'à titre de témoins.

(3) Avis du Conseil supérieur de l'Instruction publique : 7 juillet 1857, Schmidt, *opus cit.*, p. 20.

(4) Avis du Conseil d'Etat du 4 août 1891, Schmidt, p. 19.

rité disciplinaire ait à intervenir (1), la grâce ne peut la faire disparaître. Cette mesure de clémence n'efface jamais les déchéances ou incapacités que les condamnations ont pu entraîner.

En dehors de ce cas qui nous semble échapper à toute controverse, nous ne croyons pas non plus que le droit de grâce puisse avoir un effet sur les peines disciplinaires principales. Ces dernières sont spéciales tant par leur nature que par leur objet. Elles sont en quelque sorte professionnelles, c'est-à-dire qu'elles atteignent surtout l'exercice de la fonction et ont exclusivement en vue l'intérêt de la fonction. Il ne faut donc pas les assimiler aux sanctions pénales (2).

Semblablement, la réhabilitation judiciaire, qui, à la différence de la grâce, anéantit entièrement la condamnation, ne peut avoir sur la pénalité disciplinaire qu'une influence indirecte et restreinte. Lorsque le jugement du tribunal répressif aura motivé de plein droit une peine disciplinaire, celle-ci du fait de la réhabilitation disparaîtra en même temps que toutes les autres incapacités.

(1) Conseil supérieur de l'Instruction publique : 15 juillet 1892, Schmidt, *op. cit.*, p. 225.

(2) Tout au plus pourrait-on faire exception pour les peines disciplinaires qui ont un caractère pénal assez accentué. Ainsi l'interdiction perpétuelle d'enseigner ne touche pas seulement à la fonction, elle constitue une atteinte très grave à la liberté des professions. Pour que l'honneur du corps soit sauf, il suffit que le membre indigne n'en fasse plus partie.

Enfin l'amnistie ne doit pas non plus profiter à ceux qui ont été punis disciplinairement. Elle supprime toutes les conséquences des infractions uniquement au point de vue pénal et non pas au point de vue disciplinaire. S'il en était autrement, le pouvoir législatif empiéterait sur les attributions du pouvoir exécutif(1).

Les jugements de l'autorité disciplinaire sont donc presque toujours irrévocables. Cette solution peut paraître d'une rigueur excessive, mais il est facile d'y remédier. Il suffirait d'établir une procédure spéciale de revision ou de réhabilitation. C'est ainsi qu'un projet de loi élaboré par le Conseil d'Etat prévoyait l'organisation de la procédure de réhabilitation à suivre devant le Conseil supérieur de l'instruction publique.

Le droit disciplinaire est un droit spécial, il faut donc chercher à lui donner le développement et la perfection désirables et ne pas se contenter de résoudre toutes les difficultés par l'application des règles du droit pénal ou du droit civil.

Ainsi au point de vue du droit disciplinaire il y a entre les fonctionnaires une très grande inégalité. Tandis que la situation des uns est entourée de très

(1) En ce sens : Garraud, *Traité*, II, n° 85. — V. *Revue d'Administration*, 1895, t. II, p. 291.

solides garanties, celle des autres est toujours plus ou moins précaire.

Mais nous avons constaté que la discipline hiérarchique tendait, sinon à devenir nettement juridictionnelle, du moins à prendre une forme moins administrative et moins discrétionnaire.

L'essentiel en cette matière est de maintenir l'ordre et la régularité dans le service et de sauvegarder la considération qui s'attache à la fonction. Dès lors peu importe le moyen employé pourvu que le but que l'on se propose soit atteint. Si une discipline plus juridictionnalisée réalise ce but et sans compromettre les intérêts du service, constitue en même temps une protection, il n'y a pas de raisons pour refuser cette concession (1).

Seuls les agents qui remplissent des fonctions politiques ne peuvent réclamer de semblables garanties. Entre eux et le gouvernement il doit y avoir une unité de vue complète. Il faut donc bien permettre aux gouvernements successifs de se séparer des collaborateurs sur la fidélité desquels ils ne peuvent plus compter.

(1) En ce qui concerne les agents du département et de la commune le besoin d'une réforme se fait particulièrement sentir. Dans les communes surtout le pouvoir discrétionnaire des maires se manifeste souvent d'une manière brutale et intempestive.

SUPPLÉMENT

LES ASSOCIATIONS DE FONCTIONNAIRES — LE STATUT DES FONCTIONNAIRES

Divers projets et propositions de loi relatifs au droit d'association des fonctionnaires et à leur statut ont été déposés à la Chambre des députés. Nous nous sommes bornés au cours de cette étude à y faire de fréquentes allusions dans la pensée qu'ils viendraient incessamment en discussion. Puisqu'il n'en a pas été ainsi, il ne nous reste qu'à les commenter brièvement.

§ 1. — *Les associations de fonctionnaires.*

Avant la loi du 21 mars 1884, à une époque où toute association composée de plus de vingt personnes devait obtenir l'autorisation toujours révocable du Gouvernement pour avoir une existence légale, la question des associations de fonctionnaires ne s'était pas posée. Quelques groupements philanthropiques furent seuls autorisés dans les services publics.

Actuellement sous le régime plus libéral des lois de 1884 et de 1902, les fonctionnaires ont-ils le droit de s'associer en invoquant l'un ou l'autre de ces textes ?

En ce qui concerne, la loi de 1884 sur les syndicats professionnels, la solution ne nous paraît pas douteuse. Cette loi ne vise que certaines professions privées. Elle ne concerne suivant les expressions employées par la Cour de cassation, que ceux qui « appartiennent soit comme patrons, soit comme ouvriers ou salariés à l'industrie, au commerce et à l'agriculture, à l'exclusion de toutes autres professions » (1). Et ceci résulte aussi bien des termes de la loi que des travaux préparatoires.

D'ailleurs la situation d'un fonctionnaire n'est pas comparable à celle d'un salarié ordinaire. Il n'y a pas entre l'Etat et ses agents l'antagonisme qui règne nécessairement entre un patron et ses employés, puisque l'Etat ne cherche pas à faire des bénéfices et que, d'autre part, tout ce qui touche au travail, au salaire est prévu par la loi ou les règlements : « Une fonction publique n'est pas une profession de même qu'un traitement n'est pas un salaire. Le salaire de l'ouvrier est débattu de gré à gré entre l'ouvrier et le patron ; c'est une lutte d'intérêts que régit la loi de l'offre et de la demande. L'un et l'autre ne demandent qu'une chose à l'Etat. C'est la liberté de la lutte et de la concurrence,

(1) Cass., 27 juin 1885, D. 86.1.137. — V. également : Cass., 28 février 1902, D. 02.1.203.

le droit pour chacun de se concerter avec ceux qui ont les mêmes intérêts que lui, pour obtenir de ceux qui ont des intérêts contraires les conditions les plus avantageuses. C'est de ce débat légitime, tant qu'il n'emploie que des moyens positifs et légaux, que résulte finalement l'équilibre des salaires. Les traitements au contraire sont fixés par la loi et ne peuvent être modifiés que par elle. A supposer qu'ils paraissent trop bas, se trouverait-il quelqu'un pour prétendre que les fonctionnaires ont le droit de se coaliser et au besoin de se mettre en grève pour imposer à l'Etat un relèvement de l'échelle?... La loi qui organise les syndicats professionnels leur reconnaît des attributions manifestement incompatibles avec l'idée même d'une fonction publique. » (1)

Dans une lettre adressée aux délégués des Instituteurs, M. Clémenceau écrivait : « Aucun gouvernement n'acceptera jamais que les agents des services publics soient assimilés aux ouvriers des entreprises privées parce que cette assimilation n'est ni raisonnable ni légitime.

« Vous êtes pourvus d'un emploi par décision officielle et vous ne pouvez en être privés que dans certaines conditions fixées par la loi.

« Vous prenez place dans une société hiérarchisée où

(1) Circulaire de M. Spuller, Ministre de l'Instruction publique, 20 septembre 1887.

vous recevez, pour un nombre limité d'heures de travail, un traitement établi par la loi ; où vous bénéficiez d'un avancement régulier, à l'abri des crises économiques ; où le droit vous est donné de faire appel de toute mesure préjudiciable à un conseil composé pour partie de délégués élus par vous ; où vous jouissez d'avantages divers, tel qu'un traitement de congé pendant la maladie, la gratuité de l'enseignement secondaire pour vos enfants, des réductions sur les tarifs de chemins de fer ; où il vous est constitué une retraite servie par l'Etat ; où vous n'avez à débattre ni le taux de votre rémunération ni à vous prémunir contre la baisse des salaires, ni à vous assurer contre le chômage, ni à redouter un lendemain sans travail ou sans retraite ; où, pour conclure, vous apparaissez bien comme formant dans la société une catégorie spécialement avantagée, avec des droits et même, j'ose le dire, avec des devoirs particuliers (1). »

Il faut remarquer également que les agents de l'Etat ne sont pas en présence d'un intérêt privé, mais bien d'un intérêt général, le plus haut de tous, l'intérêt de l'Etat lui-même représenté par les pouvoirs publics.

A défaut des dispositions de la loi de 1884 les fonctionnaires peuvent-ils profiter de celles que contient la loi du 1^{er} juillet 1901 ?

(1) Lettre adressée par M. Clémenceau, président du Conseil à la « Fédération des syndicats d'instituteurs et d'institutrices publics de France » (5 avril 1907).

Il convient de faire une distinction. Des sociétés de bienfaisance ou de pure camaraderie (sociétés mutuelles, amicales, cercles, etc.) peuvent parfaitement s'organiser sans autorisation et en se conformant aux prescriptions de la loi de 1901. Par contre, tout groupement professionnel qui met en jeu les rapports du fonctionnaire et de l'Etablissement public ne doit pas être toléré.

En effet, la loi de 1901 dans son article 3 porte que : « toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois... est nulle et de nul effet ». Or, quel est le but d'une association professionnelle de fonctionnaires sinon la lutte contre la loi afin de faire modifier à leur profit les règles qui déterminent leur avancement et leur traitement ? On ne saurait considérer non plus comme licite la pression que ces groupements se proposent d'exercer sur les pouvoirs publics ni les manœuvres qu'ils n'hésiteront peut-être pas à employer pour faire triompher leurs revendications (1). Ce serait substituer l'anarchie administrative à l'administration, et admettre à côté de la loi et de la direction hiérarchique, qui seules doivent intervenir dans le fonctionnement des services publics, une direction et une influence parallèles, fondées sur le seul intérêt des fonctionnaires.

Malgré ces considérations, les groupements profes-

(1) « Le droit existant ne permet à aucun fonctionnaire de se syndiquer ». M. Larnaude, *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 831.

sionnels nombreux se sont créés dans les différentes administrations durant ces dernières années.

Dès 1887, les statuts d'un « Syndicat des instituteurs et des institutrices de France », ayant en vue « l'étude des intérêts professionnels » de cette corporation, furent déposés à la préfecture de la Seine (28 mars 1887). La circulaire du ministre, M. Spuller, citée précédemment, mit fin à ce premier mouvement. Une semblable tentative faite par les agents des Postes aboutit également à un échec, grâce à l'énergique intervention de M. Roche à la tribune de la Chambre, le 17 novembre 1891 (1).

Devant cette résistance, le syndicalisme prit une forme déguisée.

En effet, l'administration ne s'était jamais opposée à la création de sociétés sans but professionnel et placées sous le régime de l'autorisation préalable qui était alors le régime de droit commun. C'est ainsi qu'en 1887, l'année même où leur syndicat était interdit, les instituteurs avaient organisé une « Union des ins-

(1) Cf. les circulaires des différents ministres de l'Instruction publique : 2 août 1892 (M. Bourgeois) — 30 janvier 1897 (M. Rambaud) 13 décembre 1898 (E. Combes). — Par contre, le 22 mai 1894, un ordre du jour de la Chambre ayant déclaré la loi de 1884 applicable aux ouvriers et employés des exploitations de l'Etat, les syndicats se développèrent rapidement dans le personnel des chemins de fer, arsenaux, manufactures de l'Etat ainsi que parmi les travailleurs municipaux. De 1890 à 1900 on ne compte pas moins de 65 syndicats créés sous le régime de la loi de 1884. Quelques unions et fédérations datent aussi de la même époque.

tituteurs et institutrices de la Seine » qui avait obtenu l'approbation et le patronage d'hommes politiques considérables. On espérait, en favorisant ces groupements, détourner les fonctionnaires du syndicalisme : on ne réussit qu'à provoquer l'apparition d'associations qui, leur titre mis à part, ne se distinguaient des syndicats que par la prudence des formules employées.

Bientôt, profitant des hésitations du gouvernement, les fonctionnaires affirmèrent plus ouvertement leurs prétentions. Dans les statuts de l'« Association générale des agents des Postes, Télégraphes et Téléphones », par exemple, l'article 2 est ainsi conçu : « L'association a pour objet l'étude des questions professionnelles et l'examen de toute réforme ou de toute innovation pouvant s'y rattacher et pour but les améliorations morales et matérielles que pourra comporter la situation de ses membres. Ses représentants seront les intermédiaires naturels auprès des autorités administratives pour présenter les motions adoptées par les assemblées générales. »

Les associations de la loi du 1^{er} juillet 1901 firent un instant oublier les syndicats de la loi de 1884. L'administration fit pour la loi de 1901, qui devenait la législation de droit commun, ce qu'elle avait fait précédemment pour le système du Code pénal. Elle préconisa le texte nouveau, engagea les fonctionnaires à se prévaloir de ses dispositions et à abandonner définitivement toute idée de syndicalisme.

Les résultats de cette tactique ne tardèrent pas à se faire sentir. Du 1^{er} juillet 1901 au 1^{er} décembre 1907, 515 déclarations d'association parurent au *Journal officiel* (1).

Est-il besoin d'ajouter que ces sociétés, malgré les apparences qu'elles se donnaient et malgré les efforts des pouvoirs publics, prirent un caractère professionnel plus ou moins accentué. En voulant éviter les syndicats on avait obtenu des associations syndicales.

Lorsque les sociétés de la loi de 1901 se préoccupent d'étudier et de défendre les intérêts professionnels de leurs membres, elles n'offrent plus avec les syndicats les différences essentielles car « la loi de 1884 ne contient aucun avantage juridique réel et solide sur celle de 1901 (2) ». Sans doute, la première autorise l'acceptation des dons et legs et permet que les cotisations soient rédimées même pour une somme supérieure à 500 francs, mais personne n'ignore que ces avantages sont restés purement théoriques et que les syndicats sont rarement exposés à de pareilles éventualités.

Quoi qu'il en soit, l'agitation syndicaliste, momentanément enrayée, reprit bientôt. Aujourd'hui les fonc-

(1) Il y eut, en 1901, 8 déclarations, 27 en 1902, 62 en 1903, 66 en 1904, 80 en 1905, 93 en 1906, et 90 pour les 11 premiers mois de 1907. — Jeanneney, *Syndicats de fonctionnaires*, p. 53 et tableau annexe X.

(2) Clunet, *Les associations au point de vue juridique*, p. 234.

tionnaires ou du moins certains d'entre eux revendiquent le bénéfice de la loi de 1884 qu'ils jugent bien supérieure et bien plus libérale. Mais cette préférence s'explique surtout parce que le syndicat représente à leurs yeux un procédé de lutte et de coalition beaucoup plus énergique, beaucoup plus redouté et que ne paralyse pas la présence des chefs hiérarchiques et le patronage de personnalités politiques.

Depuis 1904, les syndicats se sont donc multipliés dans les services publics. Toutefois, en réalité, rien n'a été modifié : seule la dénomination prise par les groupements a changé. Ainsi le « Syndicat national des Postes, Télégraphes et Téléphones se propose « la défense des intérêts moraux et économiques », tandis que l' « Association générale des agents des Postes, Télégraphes et Téléphones » recherche « les améliorations morales et matérielles » qui sont susceptibles d'être apportées à la situation de ses adhérents.

En résumé, on compte actuellement dans les services publics 194 syndicats et 15 fédérations. Il est vrai que ces syndicats ont réuni presque exclusivement les ouvriers de l'Etat, du département et de la commune auxquels le droit syndical avait été expressément reconnu par un vote de la Chambre. Parmi les autres agents des établissements publics, seuls les instituteurs ont réussi à constituer des syndicats qu'ils se sont d'ailleurs empressés d'affilier aux Bourses du

travail dont les tendances révolutionnaires sont manifestes (1).

En outre il existe dans les différentes administrations 515 associations professionnelles déclarées et 16 fédérations d'associations.

Une prompt intervention du législateur s'imposait.

A la suite des travaux d'une commission extra-parlementaire, le gouvernement déposa, le 11 mars 1907, un premier projet de loi (2) qu'il remplaça quelques jours après par un second projet rectifié (3) auquel vint s'ajouter un amendement dû à l'initiative de M. Jeanneney (4).

C'est ce projet du gouvernement qu'il convient maintenant d'examiner.

Son article premier définit les fonctionnaires qui tomberont sous le coup de la nouvelle loi : « Sont considérés fonctionnaires pour l'application de la présente loi tous ceux qui, en qualité de délégués de l'autorité publique, d'employés, d'agents et de sous-agents, font partie des cadres permanents organisés pour as-

(1) En 1903, le syndicat du Var s'est affilié à la Bourse de Toulon et l'année suivante celui des Pyrénées-Orientales a adhéré à la Bourse de Perpignan. Après l'abandon des poursuites dirigées en 1905 contre le syndicat des instituteurs de la Seine, douze syndicats se sont immédiatement formés dans les départements.

(2) Annexe II.

(3) Annexe III.

(4) Annexe IV.

surer le fonctionnement d'un service public régi par l'Etat. » Les agents de la commune et du département ne rentrent donc pas dans cette définition. Quant à ceux qui aux termes de la loi sont des fonctionnaires de l'Etat, ils pourront désormais s'associer pour « l'étude et la sauvegarde de leurs intérêts professionnels » à condition toutefois que leurs fonctions aient un caractère civil et non militaire. La seule formalité exigée est une déclaration (art 2).

Ces associations ne doivent être constituées qu'entre agents « attachés à un même service ministériel ou à une même régie financière » (art. 2) et ceux qui n'auront pas observé cette prescription seront passibles d'une amende (art. 7). Elles pourront être dissoutes par un jugement du tribunal civil si elles ont été irrégulièrement formées (art. 7). Elles ont capacité pour ester en justice et pour poursuivre devant la juridiction compétente toutes les décisions prises à l'égard d'un de leurs membres contrairement aux lois et règlements (art. 3.) Cette dernière disposition est d'ailleurs superflue puisqu'elle ne fait que consacrer ce qui était déjà admis par la jurisprudence.

Ces sociétés pourront également recevoir des dons et legs affectés à des œuvres de bienfaisance, posséder, administrer et acquérir à titre onéreux : 1° le local nécessaire aux besoins de l'association ; 2° des cotisations ou les sommes au moyen desquelles ces cotisations ont été rédimées. (art. 5).

Enfin la grève de la part d'un fonctionnaire fait encourir la révocation sans préjudice des autres sanctions prévues par le Code pénal.

Comme il est facile de s'en rendre compte, le projet du Gouvernement emprunte ses dispositions aux lois antérieures.

Il présente une très grande ressemblance avec la loi de 1884 et cette constatation est étrange si l'on songe que la longue résistance de l'administration et le projet de loi lui-même ont été motivés par le désir de soustraire les fonctionnaires au régime de la loi sur les syndicats professionnels. Que ceux-ci bénéficient du texte de 1884 ou de celui qui va être soumis à l'approbation des Chambres, dans les deux cas ils ont la faculté de s'unir librement en vue de la défense de leurs intérêts corporatifs sous la seule réserve d'en faire la déclaration ; ils ont de plus, dans les deux cas, une capacité à peu près équivalente. Or, ce sont là les points essentiels à côté desquels le reste n'a qu'une importance secondaire. Aussi a-t-on pu dire avec raison que le projet revenait à accorder aux fonctionnaires ce qu'on leur avait si longtemps refusé, c'est-à-dire à autoriser l'existence de véritables syndicats (1).

Cependant, les objections si graves qui ont été formulées contre les associations professionnelles ne

(1) F. Faure, *Revue politique et parlementaire*, mai 1907 : Les syndicats de fonctionnaires et le projet du gouvernement.

conservernt-elles pas toute leur valeur, ne demeurent-elles pas entières ? Les dangers que présentent ces groupements, dangers qui ont été si souvent mis en lumière par ceux qui se sont succédé au pouvoir, ne sont-ils pas aujourd'hui ce qu'ils étaient hier ?

Le projet de loi a cherché à les éviter en interdisant aux associations de fonctionnaires de se fédérer entre elles ou de s'affilier à des groupements étrangers (1). Nous ne croyons pas que cette restriction diminue beaucoup la portée des critiques que soulève la liberté d'association ainsi concédée aux fonctionnaires.

De même, le droit de grève est expressément refusé par les rédacteurs du projet et la sanction des infractions commises à ce sujet sera la révocation. Tout d'abord, l'efficacité de cette mesure, en certaines circonstances, est très douteuse et en tout cas si elle est suffisante pour punir les fauteurs des grèves qui viendraient à se produire, elle est incapable de les prévenir et surtout de réparer leurs désastreuses conséquences. Et il est malheureusement à prévoir que les fonctionnaires associés et organisés seront naturellement tentés d'employer ce moyen, car, ainsi que l'a fait remarquer très justement M. Berthélemy, le syndicat sans la grève est une utopie (2). Si l'on ne

(1) Dans la rédaction primitive du projet du gouvernement, les fédérations étaient autorisées.

(2) Voir la discussion à laquelle cette question des syndicats de

veut pas voir les agents d'un Etablissement public se servir de cette arme, si dangereuse entre leurs mains, il ne faut pas, tout en prohibant la grève, leur donner toute facilité pour la préparer à loisir. Quant aux articles du Code pénal visant les coalitions de fonctionnaires, ils sont d'une application trop difficile pour fournir un remède bien sûr.

Nous concluons donc qu'il eût été plus sage, après les fâcheuses expériences qui ont été faites, d'imiter la prudente conduite des législateurs anglo-saxons. En Angleterre et aux Etats-Unis, en des pays dont on vante le libéralisme, des mesures rigoureuses ont été prises dès 1875, afin de ne pas mettre à la merci de quelques agitateurs les intérêts vitaux d'un pays. Et cette solution est particulièrement remarquable dans des législations qui rangent la fonction publique parmi les matières du droit privé (1).

Le projet de loi déposé en 1896, par M. Trarieux, s'inspirait du même esprit : il prohibait les syndicats des employés de chemins de fer sans distinction et des employés de tous les grands services publics (2). Voté par le Sénat, ce projet ne vint jamais devant la

fonctionnaires a donné lieu à la société des prisons : *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 822 et suiv.

(1) En ce sens : F. Faure, *op. et loc. cit.* — Voir au contraire en faveur des syndicats : Paul Boucour, *Les syndicats de fonctionnaires*.

(2) *Journal officiel, Sénat*, 4 février 1896.

Chambre et il est probable qu'il n'y eut pas trouvé beaucoup de défenseurs.

Bien que le mouvement syndicaliste actuel soit condamnable en son principe même, il faut néanmoins reconnaître qu'il a trouvé ses meilleurs arguments et aussi son excuse dans les abus manifestes, dans le favoritisme que l'absence d'un statut a contribué à favoriser. C'est pourquoi on se préoccupe maintenant, après avoir cherché à réglementer le droit d'association des fonctionnaires, de mettre un terme à cette situation par l'élaboration d'une loi relative à leur statut. Peut-être eut-il mieux valu commencer par là (1).

(1) Il serait à désirer que le droit de se syndiquer soit refusé non seulement aux fonctionnaires tels que les a définis le projet de loi, mais encore à tous ceux qu'il exclut, c'est-à-dire aux ouvriers employés par les services publics sans s'arrêter à la question de savoir si ces derniers sont véritablement des fonctionnaires au sens juridique de cette expression.

Tout d'abord, on ne saisit pas bien la différence qui sépare les sous-agents auxquels la nouvelle loi serait applicable et les ouvriers commissionnés auxquels elle ne le serait pas. De plus, il y a une solidarité étroite entre tous les agents d'un même service et sa marche régulière exige la collaboration de tous. Que feraient par exemple les agents des postes si les ouvriers des ateliers et des lignes refusaient leur concours ? Enfin, ce personnel, comme en témoignent de récents décrets, a reçu assez d'avantages et de garanties, pour qu'en échange, il lui soit imposé certaines obligations. Le gouvernement fit valoir devant la commission de la Chambre que les ouvriers « sont très épris de leurs libertés syndicales ; on soulèverait chez eux une agitation dangereuse et peut-être un soulèvement ». Et cependant il ne s'agissait pas de leur retirer ces libertés syndicales mais simplement de les leur accorder sous un autre nom !

§ 2. — *Le statut des fonctionnaires.*

Nous avons indiqué précédemment quelle avait été la genèse de la proposition de loi relative au statut des fonctionnaires publics présentée par M. Buisson et un groupe de députés, et nous n'y reviendrons pas.

Cette proposition, à la différence des textes très nombreux qui s'étaient déjà occupé de la question, est applicable à la généralité des fonctionnaires. Suivant son article 1 : « Quiconque occupe dans un service public un emploi permanent, rétribué sur un traitement annuel, est réputé fonctionnaire au sens de la présente loi et doit comme tel satisfaire aux obligations, et bénéficier des garanties qu'elle institue ».

Cette définition exclut donc les individus qui n'exercent qu'une fonction accidentelle et ceux qui ne reçoivent pas un traitement annuel, c'est-à-dire les ouvriers. Pour ces derniers, il semble, en effet, préférable de régler leur position par voie de décret, ainsi que cela a été fait pour plusieurs exploitations de l'Etat. En ce qui concerne les agents de la commune et du département, l'article 2 prévoit l'élaboration de règlements spéciaux qui détermineront les garanties qu'il convient de leur accorder. Enfin, certains fonctionnaires ne sont pas soumis aux dispo-

sitions intégrales de la loi nouvelle : ce sont les ambassadeurs, les gouverneurs généraux des colonies, le préfet de la Seine et le préfet de police. On pourrait, sans inconvénient selon nous, ajouter à cette liste tous les agents politiques du gouvernement, tels que les préfets et les sous-préfets. Ces fonctionnaires doivent nécessairement conserver une situation plus ou moins précaire.

L'idée essentielle du projet est la création de juridictions disciplinaires dans toutes les branches de l'administration. Toute autorité qualifiée pour nommer ou révoquer des fonctionnaires est assistée d'un Conseil du personnel dont les membres sont, pour moitié, élus par les intéressés. Ces Conseils prononcent toutes les pénalités graves qui sont : le déplacement, la rétrogradation, la mise à la retraite d'office et la révocation. L'appel est porté devant une Cour disciplinaire composée de magistrats, de conseillers d'Etat et de membres du Parlement (1). Les décisions de ces juridictions sont rendues dans les formes ordinaires de la justice. Seules les peines légères sont infligées par la voie hiérarchique.

Lorsqu'une réclamation est adressée par un fonctionnaire à son supérieur, celui-ci est obligé de statuer

(1) La présence de parlementaires dans ces cours de discipline nous paraît d'ailleurs regrettable : l'administration n'a généralement rien à gagner à l'intervention des membres du Parlement.

sur cette réclamation après avoir demandé l'avis du Conseil du personnel.

Le projet contient, en outre, des dispositions minutieuses en ce qui touche le recrutement et l'avancement, afin de ne rien laisser à la faveur. Il prévoit même des sanctions disciplinaires contre ceux qui auront fait appuyer leur candidature ou leur avancement par des personnalités politiques.

Dans le titre IX et dernier figurent diverses règles particulières aux emplois subalternes de l'Etat.

La législation antérieure qui avait concédé le bénéfice d'un statut à quelques fonctionnaires privilégiés est abrogée, et, pour chaque administration, des décrets seront rendus en conformité avec la nouvelle loi.

Nous ignorons le sort qui est réservé à l'initiative de M. Buisson, car de nombreuses tentatives analogues ont déjà échoué. Cependant, si, comme nous l'espérons, son projet était adopté, il nous paraît capable d'assurer enfin une protection efficace à la très grande majorité des fonctionnaires publics.

CONCLUSION

Les Assemblées de la Révolution avaient inauguré en France un système de décentralisation. « Il en résulta que l'autorité locale se trouva sans vigueur, le pouvoir central sans influence, les intérêts publics et privés sans garanties, et la nouvelle administration si bien réglée dans une ordonnance théorique, si savante dans ses combinaisons, se déroba au pouvoir public quand il eut besoin de son concours (1). »

Cet échec devait amener une inévitable réaction et les lois de l'an III et de l'an VIII revinrent au principe de la centralisation qui, tout en ayant subi depuis bien des atténuations, est encore la base de notre organisation administrative. Or, la centralisation suppose la hiérarchie qui, seule, est capable de donner aux services publics l'unité et la direction qui leur sont indispensables. Vouloir maintenir entre les mains de l'autorité centrale des attributions multiples

(1) Vivien, *Études*, I, p. 64.

et variées sans lui assurer en même temps des moyens de contrôle très énergiques sur les agents qui les remplissent, serait faciliter tous les abus et tous les désordres (1).

Le pouvoir hiérarchique se traduit sous deux formes différentes : le droit de commandement et le droit disciplinaire. Le premier vise les actes, le second la personne du subordonné. Mais la loi soumet cette double prérogative à de nombreuses restrictions, soit dans l'intérêt du service et des administrés, soit dans l'intérêt de l'agent.

En ce qui concerne les actes, la détermination des compétences qui est de droit public fait obstacle à ce que le supérieur puisse *de plano* se substituer à son subordonné. La faculté de substitution ne lui est donnée qu'en certaines hypothèses déterminées et, généralement, il ne possède qu'un droit de réformation ou d'annulation. Enfin, ses ordres ne sont valables qu'à la condition de n'être pas contraires aux lois.

Parfois, les pouvoirs de l'autorité hiérarchique sont beaucoup plus réduits. Si le principe d'autono-

(1) L'époque de la décadence romaine donne une idée de l'anarchie qui ne peut manquer de régner dans un pays fortement centralisé lorsque le pouvoir central est incapable d'exercer un contrôle efficace et continu. Dion parle d'un certain Lucinius gouverneur de province qui, pour la perception des impôts, comptait quatorze mois dans l'année. Dion, L. V, 24.

mie n'a pas été appliqué intégralement, cependant on est arrivé à laisser à ceux qui ont la charge d'intérêts purement locaux, la liberté d'action qui convient à leur rôle et à leurs fonctions. On a commencé par introduire, en leur faveur, l'élection comme mode de recrutement des administrateurs. Le pouvoir central n'ayant plus à les choisir, se trouva déchargé de la responsabilité qui justifiait son droit de commandement. Celui-ci devait donc, sinon disparaître, du moins se transformer peu à peu.

Aujourd'hui, les organes qui ont la gestion des affaires de la commune et du département sont investis de pouvoirs propres, et n'ont plus de supérieur hiérarchique. Mais l'Etat n'a pas consenti à se désintéresser entièrement des affaires locales et s'est réservé un droit de surveillance improprement désigné sous le nom de tutelle administrative.

Cette forme de contrôle est moins rigoureuse que le droit de commandement. Tandis que ce dernier se présume toujours, la tutelle est l'exception et ne s'exerce que dans les cas prévus par la loi et suivant certaines formalités. De plus, elle comporte l'approbation, la suspension, ou l'annulation des décisions, mais elle n'autorise pas la réformation et *a fortiori* la substitution d'action. Quelquefois même, la surveillance appartient à une autre autorité décentralisée.

En ce qui concerne la personne du subordonné le pouvoir hiérarchique n'a pas conservé non plus son

intégrité. On a compris la nécessité qu'il y avait d'assurer aux agents de l'Etat une position plus stable et de les protéger contre l'ingérence du pouvoir politique et l'arbitraire du supérieur. Après les magistrats auxquels on a toujours concédé des garanties spéciales, les membres de l'Enseignement, les officiers ont été dotés d'un statut, et il semble bien que ces avantages ne constitueront pas longtemps un privilège.

Sans doute, toutes les fonctions publiques n'exigent pas la même protection. Entre le magistrat qui doit jouir de la plus large indépendance et le préfet qui doit être aux ordres du gouvernement, il existe des situations intermédiaires qui réclament une subordination plus ou moins complète, mais ce n'est là qu'une question de mesure et de prudence. Le progrès viendra de la pénétration du droit dans les matières administratives. La relation qui lie le fonctionnaire à l'établissement public s'analyse en un rapport légal : mais quand le législateur aura défini, réglementé et sanctionné ce rapport, le fonctionnaire bénéficiera de la garantie la plus efficace.

Cette réforme s'impose d'autant plus que, dans les Etats parlementaires, on a malheureusement tendance à considérer les charges publiques comme une monnaie électorale. Il se produit une confusion regrettable entre l'administration et la politique, confusion qui désorganise l'une et paralyse souvent

l'autre. La constitution d'un état n'est-elle pas le meilleur moyen de soustraire les administrateurs aux influences politiques (1)?

Ainsi, bien que toutes les améliorations dont elle est susceptible n'aient pas été encore réalisées, notre organisation administrative fondée sur le principe de la centralisation et de la hiérarchie ne mérite pas les reproches qui lui sont adressés quelquefois. Issue d'une lente évolution qui a son origine dans la loi de l'an VIII et qui aboutit à la fin du xix^e siècle, elle semble plus conforme à nos traditions, et elle a fait ses preuves. Il est téméraire d'invoquer sans cesse l'exemple des pays étrangers et de conclure à la supériorité de leurs institutions. En effet, dans chaque pays, les lois civiles et administratives sont le résultat des traditions, de l'histoire et du caractère national. Et cela est si vrai, que les institutions empruntées à l'étranger par le droit français ont dû subir une véritable transformation afin de s'adapter au milieu dans lequel elles étaient appelées à vivre.

D'ailleurs, il n'est pas inutile de remarquer que la décentralisation absolue, telle qu'elle a été comprise aux Etats-Unis, a eu des conséquences déplorables.

De même, si la loi allemande de 1873 accorde l'immovibilité à la plupart des fonctionnaires, il ne faut

(1) M. Larnaude, *Préface du Droit public de l'Empire allemand* (Laband).

pas oublier que l'esprit de discipline et la forme du gouvernement justifient peut-être en Allemagne une législation qui, ailleurs, n'irait pas sans inconvénients.

« Les lois doivent être tellement propres au peuple
« pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand
« hasard si celles d'une nation peuvent convenir à
« une autre (1). »

Lu et approuvé,

Le Président :

F. LARNAUDE.

Vu :

Le Doyen :

LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, Livre I, chap. III.

ANNEXE I

Décret relatif aux cérémonies publiques, préséances, honneurs civils et militaires (16 juin 1907).

TITRE PREMIER

Des rangs et préséances.

SECTION I

De l'ordre des corps et des autorités dans les cérémonies publiques.

Article premier. — Lorsque les corps et les autorités sont convoqués ensemble, par acte du Gouvernement, aux cérémonies publiques, ils y prennent rang ainsi qu'il suit :

I. — *A Paris.*

1. — Le président du Sénat.
2. — Le président de la Chambre des députés.
3. — Les ministres.
4. — Les sous-secrétaires d'Etat.

5. — Le Sénat.

6. — La Chambre des députés.

7. — Le Conseil d'Etat.

8. — Le grand chancelier de la Légion d'honneur. —
Le conseil de l'ordre et la délégation des grands-croix et
des grands-officiers convoqués.

9. — La Cour de cassation.

10. — La Cour des comptes.

11. — Le Conseil supérieur de la guerre.

12. — Le Conseil supérieur de la marine.

13. — L'Institut de France.

14. — Le Conseil supérieur de l'instruction publique.

15. — Le préfet de la Seine accompagné du secrétaire
général de la préfecture de la Seine. — Le préfet de po-
lice accompagné du secrétaire général de la préfecture de
police.

16. — Le conseil municipal de Paris. — Le conseil gé-
néral de la Seine.

17. — Le gouverneur militaire de Paris. — Le général
de division commandant le corps d'armée des troupes
coloniales.

18. — La Cour d'appel.

19. — Le général de division commandant supérieur de
la défense et du camp retranché de Paris.

20. — Le vice-recteur de l'Académie de Paris et le con-
seil de l'Université.

21. — L'académie de médecine.

22. — Les délégations des fonctionnaires supérieurs,

des conseils supérieurs, des comités consultatifs et les états-majors des ministères de la guerre et de la marine. Chacune de ces délégations prend rang d'après l'ordre suivant des ministères : Ministère de la justice. — Ministère des affaires étrangères. — Ministère de l'intérieur. — Ministère des finances. — Ministère de la guerre. — Ministère de la marine. — Ministère de l'instruction publique, des beaux-arts et des cultes. — Ministère des travaux publics, des postes et des télégraphes. — Ministère du commerce et de l'industrie. — Ministère de l'agriculture. — Ministère des colonies. — Ministère du travail et de la prévoyance sociale.

Le gouverneur et les sous-gouverneurs de la Banque de France, le gouverneur et les sous-gouverneurs du Crédit foncier, le directeur général et les sous-directeurs de la Caisse des dépôts et consignations prennent rang avec la délégation du ministère des finances.

23. — Le Conseil de préfecture de la Seine.

24. — Le tribunal de première instance de la Seine.

25. — Le tribunal de commerce.

26. — La Chambre de commerce.

27. — Le corps académique.

28. — Les maires des arrondissements de Paris.

29. — Les délégations des établissements d'enseignement supérieur, prenant rang d'après l'ordre établi sous le n° 22.

30. — L'état-major du gouvernement militaire de Paris. — L'état-major du corps d'armée des troupes co-

loniales. — L'état-major du commandant supérieur de la défense et du camp retranché de Paris. — Le général de brigade commandant le département de la Seine et son état-major. — Les délégations des corps d'officiers de troupes et de services.

31. — Les juges de paix de Paris.

32. — La délégation des fonctionnaires supérieurs de la préfecture de la Seine et de la préfecture de police. — Les commissaires de police.

33. — La délégation des conseils de prud'hommes.

34. — La délégation des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

35. — La délégation des référendaires au sceau de France.

36. — La députation des avoués près la Cour d'appel.

37. — La députation des avoués près le tribunal de première instance.

38. — La députation des notaires.

39. — La députation des agents de change.

40. — La députation des commissaires-priseurs.

41. — La députation des huissiers.

42. — La députation des courtiers d'assurances maritimes.

II. — *Dans les départements.*

1. — Le préfet accompagné du secrétaire général de la préfecture (1).

2. — Les sénateurs et les députés.

3. — Le conseil général du département.

4. — Les généraux de division chargés d'inspecter un ou plusieurs corps d'armée ou d'en diriger les manœuvres. — Les vice-amiraux chargés d'inspecter une ou plusieurs escadres ou d'en diriger les manœuvres.

5. — Le général de division commandant de corps d'armée ou de la région. — Le vice-amiral préfet maritime, les vice-amiraux commandants d'escadre.

6. — Les grands-croix et les grands-officiers de la Légion d'honneur convoqués.

7. — La Cour d'appel.

8. — Les généraux de division en service actif dans la place.

9. — Le recteur et le conseil de l'université, et, dans les villes où il n'y a pas d'université, le corps académique.

10. — Le président de la Cour d'assises.

11. — Les généraux de brigade, les contre-amiraux en

(1) Le préfet de Seine-et-Oise a la préséance sur le préfet de police dans les communes où celui-ci exerce son autorité.

service dans la place, les contre-amiraux commandant une division navale.

12. — Les sous-préfets.

13. — Le Conseil de préfecture.

14. — Le maire et le conseil municipal.

15. — Le tribunal de première instance. — Les juges de paix.

16. — Le tribunal de commerce.

17. — La Chambre de commerce. — La Chambre consultative des arts et manufactures.

18. — Le corps académique dans les villes où il n'y a pas d'université, ou quand le recteur n'est pas présent.

19. — L'état-major du corps d'armée ou de la région. — L'état-major de la préfecture maritime.

20. — L'état-major de la division. — L'état-major du commandement supérieur d'un groupe de places fortes. — L'état-major de la subdivision ou de la brigade. — L'état-major de la majorité générale de la marine.

21. — Les fonctionnaires relevant des divers ministères, les professeurs des établissements d'enseignement supérieur, les états-majors et les corps d'officiers de troupes et de services, d'après l'ordre des ministères fixé dans l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, n° 22, et l'ordre établi entre eux par des arrêtés ministériels.

22. — Le conseil d'arrondissement.

23. — Le conseil de prud'hommes.

24. — Les délégations des comités et conseils constitués à la préfecture.

25. — Les délégations des établissements publics nationaux, départementaux et communaux.

26. — Les commissaires de police.

27. — Les avoués près la Cour d'appel.

28. — Les avoués près le tribunal de première instance.

29. — Les notaires.

30. — Les agents de change.

31. — Les commissaires-priseurs.

32. — Les huissiers.

33. — La députation des courtiers d'assurances maritimes et des courtiers interprètes et conducteurs de navires.

34. — La délégation des employés de la préfecture ou des employés de la sous-préfecture.

35. — La délégation des employés de la mairie et des services municipaux.

36. — La députation des sociétés de secours mutuels.

37. — La délégation des sapeurs-pompiers.

SECTION II

De l'ordre de préséance des autorités convoquées individuellement dans les cérémonies publiques.

Art. 2. — Le rang de préséance des autorités civiles et militaires convoquées individuellement, par acte du Gou-

vernement, aux cérémonies publiques, est réglé ainsi qu'il suit :

1. — *A Paris.*

Après le président du Sénat et le président de la Chambre des députés :

1. — Le président du conseil des ministres, les ministres et les sous-secrétaires d'Etat.

2. — Le vice-président du Conseil d'Etat.

3. — Le grand chancelier de la Légion d'honneur.

4. — Le premier président de la Cour de cassation et le procureur général près cette même Cour.

5. — Le premier président de la Cour des comptes et le procureur général près cette même Cour.

6. — Le préfet de la Seine et le préfet de police.

7. — Le président du conseil municipal de Paris.

8. — Le président du Conseil général de la Seine.

9. — Le gouverneur militaire de Paris. — Le général de division commandant le corps d'armée des troupes coloniales.

10. — Le premier président de la Cour d'appel et le procureur général près cette même Cour.

11. — Le général de division commandant supérieur de la défense de Paris.

12. — Le vice-recteur de l'Académie de Paris.

13. — Les secrétaires généraux des préfectures de la

Seine et de police. — Le président du Conseil de préfecture de la Seine.

14. — Le président du tribunal civil de la Seine et le procureur de la République près ce même tribunal.

15. — Le président du tribunal de commerce.

16. — Le président de la Chambre de commerce.

17. — Le général de brigade commandant le département de la Seine.

II. — *Dans les départements.*

1. — Le préfet (1).

2. — Les sénateurs et les députés.

3. — Le président du conseil général du département.

4. — Le général de division commandant du corps d'armée ou de la région.

5. — Le vice-amiral, préfet maritime.

Les généraux de division chargés d'inspecter un ou plusieurs corps d'armée ou d'en diriger les manœuvres, les vices-amiraux chargés d'inspecter une ou plusieurs escadres ou d'en diriger les manœuvres prennent respectivement rang, pendant la durée de leur mission, avant le commandant du corps d'armée et le vice-amiral préfet maritime.

(1) Le préfet de Seine-et-Oise a la préséance sur le préfet de police dans les communes où celui-ci exerce son autorité.

6. — Les vice-amiraux commandants en chef d'escadres.

7. — Les grands-croix et les grands-officiers de la Légion d'honneur convoqués.

8. — Le premier président de la Cour d'appel et le procureur général près cette même Cour.

9. — Le général de division commandant un groupe de subdivisions de région. Le général de division commandant supérieur d'un groupe de places fortes. — Les généraux de division pourvus d'un commandement actif. — Le vice-amiral commandant en sous-ordre.

10. — Le recteur.

11. — Le président de la Cour d'assises.

12. — Le général de brigade commandant une ou plusieurs subdivisions de région. — Le général de brigade commandant supérieur d'un groupe de places fortes. — Les généraux de brigade pourvus d'un commandement actif. — Le major-général de la marine. — Les contre-amiraux commandant une division navale.

13. — Le secrétaire général de la préfecture. — Les sous-préfets.

14. — Le maire.

15. — Le président du tribunal civil et le procureur de la République près ce même tribunal.

16. — Le président du tribunal de commerce.

17. — Le président de la Chambre de commerce.

18. — Le président de la Chambre d'agriculture.

19. — Le commandant d'armes lorsqu'il est officier supérieur.

Art. 3. — Dans les cas prévus dans l'article 1^{er} sous les numéros 4, 5, 8, 11, 19 et 20 du § 2, et dans l'article 2 sous les numéros 4, 5, 6, 9 et 12 du § 2, dans les établissements de la marine, et sur les terrains affectés au service de la marine, les officiers généraux et les états-majors de la marine ont respectivement la préséance sur les officiers généraux et les états-majors de l'armée de terre.

Art. 4. — Dans aucun cas, les rangs et honneurs accordés à un corps n'appartiennent individuellement aux membres qui la composent.

SECTION III

Des convocations aux cérémonies publiques.

Art. 5. — Les ordres du Gouvernement pour la célébration des cérémonies publiques déterminent le lieu de ces cérémonies. Ils sont adressés aux préfets qui convoquent par écrit, directement, ou par l'intermédiaire des sous-préfets dans les arrondissements autres que celui du chef-lieu, les autorités et les corps constitués dont le concours est nécessaire pour l'exécution des ordres du Gouvernement.

SECTION IV

*De l'ordre dans lequel les autorités marchent et sont placées
dans les cérémonies publiques.*

Art. 6. — Les autorités désignées dans l'article 2 convoquées aux cérémonies publiques se réunissent dans le lieu de la cérémonie et y prennent place dans l'ordre indiqué par ledit article, de sorte que la personne à laquelle la préséance est due ait toujours à sa droite celle qui doit occuper le deuxième rang, à sa gauche celle qui doit occuper le troisième, et ainsi de suite.

Si les dispositions du lieu de la cérémonie le permettent, la personne à laquelle la préséance est due est placée au milieu, les autres prenant place dans l'ordre fixé ci-dessus.

Dans le cas contraire, les autorités sont divisées en deux groupes : les autorités civiles étant placées à droite et les autorités militaires à gauche.

Elles gardent entre elles les rangs qui leur ont été respectivement attribués.

La cérémonie ne commence que lorsque l'autorité qui occupe la première place a pris séance.

Cette autorité se retire la première.

Art. 7. — Il est fourni aux autorités et aux corps convoqués aux cérémonies des escortes de troupes ou de gen-

darmerie selon qu'il est réglé dans le titre III intitulé « Des honneurs militaires ».

Art. 8. — Dans les cérémonies publiques non prescrites par acte du Gouvernement, mais organisées par des autorités ou des corps constitués, la préséance entre les autorités qui y sont invitées est déterminée d'après l'article 2.

Lorsqu'un corps ou l'une des autorités dénommés dans les articles 1^{er} et 2 invite, dans le local destiné à l'exercice de ses fonctions, d'autres corps ou d'autres autorités pour y assister à une cérémonie, le corps ou l'autorité qui a fait l'invitation y conserve sa place ordinaire ; les corps et les autorités invités gardent entre eux les rangs assignés par ces articles.

Peuvent, s'il y a lieu, dans les cas prévus par les deux alinéas précédents, être intercalées parmi les autorités des personnes qui ne sont pas désignées dans l'article 2, mais qui sont distinguées par les fonctions qu'elles exercent ou ont exercées.

TITRE II

Honneurs civils.

SECTION I

Le Président de la République.

Art. 9. — Dans les voyages du Président de la République, le préfet le reçoit à la limite du département.

Chaque sous-préfet le reçoit pareillement à la limite de l'arrondissement.

Le maire, les adjoints et le conseil municipal le reçoivent au lieu d'arrivée.

Art. 10. — A l'entrée du Président de la République dans chaque commune, toutes les cloches sonnent à la volée.

Art. 11. — Dans les villes où le Président de la République s'arrête ou séjourne, les corps et les autorités mentionnés dans l'article 1^{er} du présent décret sont avertis de l'heure à laquelle le Président de la République les recevra. Ils sont admis dans l'ordre des préséances établi dans le même article.

Art. 12. — Lorsque le Président de la République a séjourné dans une ville, les autorités qui l'ont reçu à l'arrivée se trouvent à son départ pour le saluer.

SECTION II

Les ministres et les sous-secrétaires d'Etat.

Art. 13. — Lors de son entrée dans une ville, un ministre ou un sous-secrétaire d'Etat est reçu au lieu d'arrivée par le préfet, le sous-préfet, le maire et les adjoints.

Les corps et les autorités mentionnés dans l'article 1^{er} du présent décret sont avertis de l'heure à laquelle le ministre ou le sous-secrétaire d'Etat les recevra. Ils sont

admis dans l'ordre des préséances établi dans le même article.

Art. 14. — Le maire et les adjoints vont, au moment de son départ, prendre congé de lui.

SECTION III

Les représentants diplomatiques.

Art. 15. — Les honneurs civils ne sont rendus aux ambassadeurs ou ministres étrangers que par ordre du ministre de l'intérieur, après entente avec le ministre des affaires étrangères.

De même pour les agents diplomatiques de France qui se trouveraient en fonction représentative sur le territoire français.

SECTION IV

Les autorités civiles et militaires.

Art. 16. — Les préfets, les officiers généraux désignés dans les sections VII, VIII et IX du titre III du présent décret, les autorités placées à la tête des corps judiciaires, les recteurs et les sous-préfets, lorsqu'ils prennent possession de leurs fonctions, font visite aux autorités dénommées avant eux dans l'ordre des préséances établi dans l'article 2 du présent décret, et qui résident dans la ville.

Ils reçoivent ensuite les honneurs civils d'après les dispositions suivantes :

1° Lorsque le premier président de la Cour de cassation ou le procureur général près la même Cour est installé, la Cour d'appel et les tribunaux qui siègent dans la même ville vont le complimenter ; la Cour d'appel par une députation composée du premier président, du procureur général et de quatre conseillers ; les tribunaux par une députation composée de la moitié des membres de chaque tribunal ;

2° Le préfet, le général de division commandant du corps d'armée, le vice-amiral, préfet maritime, dans les circonstances prévues aux articles 32, 34 et 35 du présent décret, reçoivent la visite de toutes les autorités civiles dénommées après eux dans l'ordre des préséances, et des fonctionnaires de toutes les administrations publiques, présentés par leurs chefs de service ;

3° Le général de division pourvu de l'un des commandements visés dans l'article 36 et le général de brigade pourvu de l'un des commandements visés dans l'article 37, dans les circonstances prévues dans les mêmes articles, le général de division et le général de brigade exerçant les fonctions de commandant d'armes dans une garnison où il n'existe pas de commandant territorial, les contre-amiraux, majors généraux de la marine, reçoivent la visite des autorités dénommées après eux dans l'ordre des préséances, et celle des chefs des différents services de l'Etat ;

4° Le premier président de la Cour d'appel, le procureur général près la même Cour et le recteur reçoivent la visite des autorités dénommées après eux dans l'ordre des préséances ;

5° Le sous-préfet, lorsqu'il arrive pour la première fois dans le chef-lieu ou dans un chef-lieu de canton, ou dans une commune de son arrondissement, reçoit la visite des autorités dénommées après lui dans l'ordre des préséances établi par l'article 2 du présent décret et celle de tous les fonctionnaires des administrations publiques présentés par leurs chefs de service.

Art. 17. — Le secrétaire général de la préfecture, lorsqu'il prend possession de ses fonctions au chef-lieu du département, fait visite aux autorités dénommées avant lui dans l'ordre des préséances.

Art. 18. — Les autorités militaires, les autorités placées à la tête des corps judiciaires désignées dans l'article 16 et le recteur informent le préfet ou le sous-préfet du jour et de l'heure auxquels ils doivent recevoir les honneurs civils qui leur sont dus. Le préfet ou le sous-préfet en prévient officiellement les intéressés.

TITRE III

Honneurs militaires.

SECTION I

Le Président de la République.

Art. 19. — Lorsque le Président de la République entre dans une ville possédant une garnison ou dans un camp à l'intérieur, toutes les troupes prennent les armes et se forment en haie sur son passage, ou sont établies sur les places.

Les tambours et les clairons battent et sonnent aux champs ; les trompettes sonnent la marche : les musiques jouent l'hymne national ; les drapeaux, les étendards et les officiers saluent ; les sous-officiers et les soldats prennent la position réglementaire.

Il est tiré cent un coups de canon.

Il est fourni au Président de la République une escorte d'honneur composée de deux escadrons commandés par un colonel. La gendarmerie tout entière prend part au service d'ordre et d'honneur.

Les mêmes honneurs lui sont rendus à son départ.

Art. 20. — Les officiers généraux pourvus d'un commandement dans la place se mettent à la tête des troupes ; ceux qui sont pourvus d'un service se joignent aux états-

majors correspondants, où ils prennent rang d'après leur grade.

Art. 21. — Le général de division commandant le territoire ou, à son défaut, le général exerçant après lui le plus haut commandement, se place et marche près de la portière de droite. Le commandant de l'escorte se place et marche près de la portière de gauche.

Art. 22. — Lorsque le Président de la République s'arrête dans une ville ou dans un camp à l'intérieur, les troupes de la garnison fournissent un poste d'honneur composé d'un bataillon ou d'un escadron, avec drapeau ou étendard, commandé par le chef de corps.

Art. 23. — Dès que le Président de la République est arrivé, le colonel qui commande ledit poste d'honneur prend les ordres et la consigne du secrétaire général de la présidence de la République.

Art. 24. — Lorsque le Président de la République passe devant les troupes, celles-ci rendent les honneurs prescrits dans l'article 19, paragraphe 2.

Art. 25. — Si une troupe en marche rencontre le Président de la République, elle s'arrête et lui fait face pour rendre les honneurs prescrits dans l'article 19, paragraphe 2.

Art. 26. — Lorsque le Président de la République passe devant un corps de garde, poste ou piquet, les troupes prennent les armes et rendent les honneurs prescrits dans l'article 19, paragraphe 2.

Art. 27. — Lorsque le Président de la République

reçoit les officiers d'une garnison ou d'un camp, ceux-ci lui sont présentés par le commandant d'armes.

SECTION II

Les ministres et les sous-secrétaires d'Etat.

Art. 28. — Lorsqu'un ministre ou un sous-secrétaire d'Etat entre dans une ville possédant une garnison, toutes les troupes de la garnison prennent les armes et se forment sur son passage ; les tambours et les clairons battent et sonnent aux champs ; les trompettes sonnent la marche ; les musiques jouent l'hymne national ; les officiers saluent de l'épée ou du sabre.

Il lui est fourni, sur sa demande, une escorte d'honneur composée d'un escadron commandé par un chef d'escadrons. Cinq brigades de gendarmerie, commandées par un capitaine, prennent part au service d'ordre et d'honneur.

Il a une garde d'honneur de quarante hommes commandés par un capitaine ; elle fournit deux sentinelles. Le tambour de la garde bat et son clairon sonne aux champs, la troupe rend les honneurs.

Les troupes, postes, gardes ou piquets et sentinelles devant lesquels il passe, prennent les armes et rendent les honneurs ; les officiers saluent de l'épée ou du sabre ; les tambours et les clairons battent et sonnent aux champs ; les trompettes sonnent la marche.

Il lui est fait des visites de corps.

Il reçoit à son départ les mêmes honneurs qu'à son arrivée.

SECTION III

Le Sénat et la Chambre des députés.

Art. 29. — Lorsque le Sénat ou la Chambre des députés en corps se rend à une cérémonie publique, il lui est fourni sur la demande de son président une escorte d'honneur composée d'un escadron ou de deux compagnies d'infanterie sous le commandement d'un capitaine, divisés en avant, en arrière et sur les flancs du cortège.

L'escorte est réduite de moitié si le bureau seul ou accompagné d'une députation se rend à une cérémonie.

Les corps de garde, postes et piquets devant lesquels passe le cortège, prennent les armes et rendent les honneurs prévus à l'article 28, paragraphe 4.

Si le cortège passe devant une troupe, le commandant de la troupe, quel que soit son grade, et les officiers supérieurs saluent de l'épée ou du sabre.

SECTION IV

Le Conseil d'Etat.

Art. 30. — Lorsque le conseil d'Etat se rend en corps à une cérémonie, il lui est fourni, sur la demande du vice-

président, une escorte d'honneur d'un escadron ou d'une compagnie sous le commandement d'un capitaine.

L'escorte est réduite de moitié et commandée par un lieutenant lorsque le Conseil d'Etat n'est représenté que par une députation.

Les postes devant lesquels le Conseil d'Etat passe avec son escorte prennent les armes et rendent les honneurs, les tambours battent et les clairons sonnent aux champs, les trompettes sonnent la marche.

SECTION V

Les représentants diplomatiques.

Art. 31. — Les honneurs militaires ne sont rendus aux ambassadeurs ou ministres étrangers que par ordre des ministres de la guerre ou de la marine après entente avec le ministre des affaires étrangères.

De même pour les agents diplomatiques de France qui se trouveraient en fonction représentative sur le territoire français.

SECTION VI

Les préfets.

Art. 32. — Lorsqu'il arrive pour la première fois au chef-lieu ou lors de sa première tournée dans chaque

chef-lieu d'arrondissement ou de canton ou dans une ville de garnison du département, le préfet reçoit la visite des autorités militaires en résidence dans ces mêmes villes.

Il lui est fait des visites de corps.

Art. 33. — Lors des fêtes et des cérémonies publiques, une escorte d'honneur composée de trente hommes commandés par un officier accompagne le préfet au lieu de la cérémonie et le reconduit.

A défaut de troupes, le commandant de gendarmerie fournit au préfet une escorte de deux brigades de gendarmerie, commandée par un officier.

Les postes, gardes ou piquets devant lesquels passe le préfet en uniforme, avec ou sans escorte, prennent les armes et rendent les honneurs ; les tambours battent et les clairons sonnent le rappel ; les trompettes sonnent des appels.

Le préfet en uniforme a droit au salut des militaires et marins de tous grades.

SECTION VII

Les généraux de division gouverneurs de Paris ou de Lyon, ou commandants de corps d'armée, et les vices-amiraux préfets maritimes.

Art. 34. — Lorsque le général de division, commandant le corps d'armée, se rend pour la première fois au

chef-lieu de son commandement, ou dans une place qui dépend de ce commandement, un détachement de la garnison comprenant l'effectif d'un bataillon, avec drapeau ou étendard et musique, commandé par un colonel, ou, à défaut, par l'officier le plus élevé en grade après lui, rend les honneurs, devant l'hôtel du corps d'armée, dans les conditions prescrites par l'article 28, paragraphe 1^{er}.

Sa garde d'honneur est de trente hommes commandés par un lieutenant ; elle fournit deux sentinelles.

Il lui est fait des visites de corps.

Art. 35. — Les dispositions de l'article précédent s'appliquent à un vice-amiral préfet maritime quand il prend possession de son commandement.

SECTION VIII

Les généraux de division commandant un groupe de subdivisions de région ou commandants supérieurs d'un groupe de places fortes.

Art. 36. — Lorsqu'un général de division commandant un groupe de subdivisions de région ou commandant supérieur d'un groupe de places fortes se rend pour la première fois au chef-lieu de son commandement, ou entre pour la première fois dans une place qui en dépend, si ce chef-lieu ou cette place n'est pas la résidence du commandant de corps d'armée ou du préfet maritime, un deta-

chement de la garnison comprenant l'effectif d'un demi-bataillon, avec drapeau ou étendard et musique, commandé par un colonel, ou, à défaut, par l'officier le plus élevé en grade après lui, rend les honneurs devant l'hôtel du commandement ; les tambours battent et les clairons sonnent le rappel ; les trompettes sonnent des appels, la musique joue l'hymne national ; les officiers supérieurs saluent.

Sa garde d'honneur est de trente hommes commandés par un lieutenant ; elle fournit deux sentinelles.

Il lui est fait des visites de corps.

SECTION IX

Les généraux de brigade commandant une ou plusieurs subdivisions de région ou commandants supérieurs d'un groupe de places fortes et les majors généraux de la marine.

Art. 37. — Lorsqu'un général de brigade commandant une ou plusieurs subdivisions de région ou commandant supérieur d'un groupe de places fortes se rend pour la première fois au chef-lieu de son commandement ou dans une place qui en dépend, si cette place n'est pas la résidence d'une autorité militaire visée dans les articles 34, 35 et 36, un détachement de la garnison comprenant l'effectif de deux compagnies, avec musique, commandé

par un chef de bataillon ou, à son défaut, par l'officier le plus élevé en grade après lui, rend les honneurs devant l'hôtel du commandement ; la musique joue l'hymne national ; le commandant de la troupe salue.

Sa garde est de vingt hommes commandés par un officier ; elle fournit une sentinelle.

Il lui est fait des visites de corps.

Art. 38. — Les dispositions de l'article précédent s'appliquent à un major général de la marine quand il prend possession de son commandement.

SECTION X

Les sous-préfets et les secrétaires généraux.

Art. 39. — Lorsqu'un sous-préfet arrive pour la première fois dans une ville de garnison de son arrondissement, il reçoit la visite des autorités militaires dénommées après lui dans l'article 2, paragraphe II, ainsi que les délégations des corps de troupe et des services de cette garnison.

Le sous-préfet et le secrétaire général en uniforme doivent le salut aux officiers généraux et fonctionnaires assimilés ; ils ont droit au salut de tous les autres officiers, militaires et marins. Les sentinelles devant lesquelles ils passent en uniforme prennent la position réglementaire.

SECTION XI

Corps judiciaires.

Art. 40. — Lorsque la Cour de cassation ou la Cour des comptes se rend en corps auprès du Président de la République, ou à une cérémonie publique, il lui est fourni, sur la demande de son premier président, une escorte d'honneur composée d'un demi-escadron ou d'une compagnie sous le commandement d'un capitaine.

Cette escorte est réduite de moitié, sous le commandement d'un officier, lorsque ces cours ne sont représentées que par une députation.

Les postes devant lesquels ces cours passent avec leur escorte prennent les armes et rendent les honneurs ; les tambours battent et les clairons sonnent le rappel ; les trompettes sonnent des appels.

SECTION XII

Dispositions communes aux honneurs militaires.

Art. 41. — Les ordres relatifs aux honneurs à rendre dans les cas prévus aux articles 19 et 28 sont donnés directement par le ministre de la guerre ou le ministre de la marine, suivant les cas.

Art. 42. — Les honneurs militaires ne se rendent que pendant le jour.

Art. 43. — Les gardes d'honneur ne rendent les honneurs militaires qu'aux personnes supérieures ou égales en grade ou en dignité à celles près desquelles elles sont placées ; et alors les honneurs restent les mêmes.

Art. 44. — Les honneurs militaires ne se cumulent pas ; ne sont rendus que ceux qui sont attribués à la dignité ou au grade supérieur.

Art. 45. — Les officiers généraux qui commandent par intérim ou pendant l'absence des commandants titulaires n'ont droit qu'aux honneurs militaires de leur grade.

Art. 46. — Pour les visites de corps, la grande tenue est de rigueur. Toutefois, le lendemain de l'arrivée et la veille du départ d'un corps de troupe, les visites se font en tenue de route.

TITRE IV

Dispositions communes aux honneurs civils et militaires.

Art. 47. — En cas de mission extraordinaire, les délégués du Gouvernement, conseillers d'Etat ou hauts fonctionnaires, ont droit aux honneurs tels qu'ils sont déterminés par assimilation, s'il y a lieu, par le décret pris en conseil des ministres instituant la mission.

Art. 48. — Les honneurs ne se délèguent pas.

Toutefois, lors d'une cérémonie publique, l'intérimaire occupe la place réservée au titulaire de la fonction.

Art. 49. — Aucun fonctionnaire civil ou militaire, aucune autorité publique ne peut exiger ni rendre d'autres honneurs que ceux qui sont déterminés par le présent décret.

Art. 50. — En dehors des cas prévus par le titre V du présent décret, il n'est rendu aucun honneur civil ou militaire à aucune autorité civile ou militaire dans les lieux où se trouve le Président de la République au cours de ses voyages, tout le temps de sa résidence et pendant les vingt-quatre heures qui précèdent son arrivée ou qui suivent son départ.

Art. 51. — Les visites reçues en exécution des dispositions de la section IV du titre II et des sections VI, VII, VIII, IX et X du titre III du présent décret sont rendues dans les vingt-quatre heures aux autorités qui les ont faites, et celles des corps ou des fonctionnaires des divers services publics le sont dans la personne des chefs de ces corps ou de ces services et dans le même délai.

TITRE V

Des honneurs funèbres.

SECTION I

Honneurs funèbres civils.

Art. 52. — Lorsqu'une des personnes désignées dans l'article 2 du présent décret meurt, les autorités dénommées après elle dans l'ordre des préséances occupent dans le convoi le rang prescrit par ledit article.

Les délégations des corps constitués assistent au convoi dans les conditions qui sont déterminées pour chaque cas par le Gouvernement, et suivant les ordres ou invitations qui leur sont adressés par le ministre dont ils relèvent.

SECTION II

Honneurs funèbres militaires.

Art. 53. — Il est rendu des honneurs funèbres par les troupes au Président de la République, aux présidents du Sénat et de la Chambre des députés, aux ministres et aux sous-secrétaires d'Etat, aux ambassadeurs français morts en fonctions ; aux sénateurs et députés morts pendant la durée des sessions dans la ville où les assemblées dont ils

faisaient partie tiennent séance ; aux conseillers d'Etat morts en fonctions dans la ville où siège le Conseil d'Etat ; aux préfets dans leur département ; aux membres de la Légion d'honneur ; aux militaires et marins de tous grades.

Art. 54. — Pour le Président de la République, les drapeaux et étendards de l'armée prennent le deuil ; les bâtiments de la flotte mettent leurs pavillons en berne.

Les pavillons des monuments et établissements publics sont également mis en berne.

Les fonctionnaires civils et militaires portent le deuil dans l'exercice de leurs fonctions.

Tous les corps de l'Etat sont convoqués aux funérailles.

Les honneurs militaires sont rendus par la totalité de la garnison.

Toutes les autres dispositions concernant les funérailles du Président de la République, ainsi que la durée du deuil, sont réglées par le Gouvernement.

Art. 55. — Les détachements devant assister au convoi des personnes désignées à l'article 53 ci-dessus ont les effectifs suivants :

Pour le président du Sénat et pour le président de la Chambre des députés ; pour les ministres et pour les sous-secrétaires d'Etat : les trois quarts de la garnison ;

Pour un ambassadeur français, un préfet, un général de division commandant un corps d'armée, ou un vice-amiral préfet maritime : les deux tiers de la garnison ;

Pour un général de division ou un vice-amiral : la moitié de la garnison ;

Pour un général de brigade ou un contre-amiral : le tiers de la garnison ;

Pour un sénateur mort dans les conditions de l'article 53 dans la ville où le Sénat tient ses séances ; pour un député mort dans les mêmes conditions dans la ville où la Chambre des députés tient ses séances ; pour un conseiller d'Etat mort dans l'exercice de ses fonctions et dans la ville où siège le Conseil d'Etat : un bataillon ou deux escadrons, avec drapeau et musique, commandés par un colonel.

Les mêmes honneurs funèbres sont rendus aux officiers généraux et fonctionnaires des différents services de la guerre et de la marine, titulaires de grades ou de rangs correspondant à ceux de généraux de division ou vice-amiraux et de généraux de brigade ou contre-amiraux, d'après la correspondance de leur grade avec ceux du général de division et du général de brigade. Les contrôleurs généraux de 1^{re} classe de l'administration de la guerre et de la marine reçoivent les honneurs funèbres dus aux généraux de division. Les contrôleurs généraux de 2^e classe de l'administration de la guerre et de la marine, les inspecteurs généraux des colonies reçoivent les honneurs funèbres dus aux généraux de brigade.

Les honneurs funèbres attribués aux militaires et marins des grades non spécifiés dans le présent article sont déterminés par le règlement sur le service dans les places de guerre et les villes ouvertes.

Art. 56. — Les grands-croix de la Légion d'honneur sont traités comme les généraux de division commandants de corps d'armée ; les grands officiers de la Légion d'honneur, comme les généraux de division du cadre d'activité ; les commandeurs comme les colonels ; les officiers comme les chefs de bataillon ou d'escadrons ; les chevaliers comme les lieutenants du cadre d'activité.

Art. 57. — Pour le calcul de l'effectif des détachements prévus à l'article 55, la garnison n'est considérée que comme étant au maximum d'une division.

Dans les villes qui n'ont pour garnison qu'un régiment ou fraction de régiment, et dans les cas prévus par les paragraphes 2, 3, 4, 5 et 7 de l'article 55, toutes les troupes prennent les armes.

Art. 58. — Les honneurs définis par l'article 55 appartiennent exclusivement aux officiers généraux de la 1^{re} section du cadre de l'état-major général de l'armée.

Dispositions générales.

Art. 59. — Sont abrogés le décret du 24 messidor de l'an XII et toutes dispositions contraires à celles du présent décret.

Les honneurs à rendre à bord des bâtiments de la flotte font l'objet de décrets spéciaux, préparés par le ministre de la marine, en conformité des principes posés par le présent décret.

ANNEXE II

Projet de loi [sur les Associations de fonctionnaires déposé par le gouvernement (11 mars 1907).

Art. 1. — Sont considérés comme fonctionnaires pour l'application de la présente loi, tous ceux qui, en qualité de délégués de l'autorité publique, d'employés, d'agents et de sous-agents font partie des cadres permanents organisés pour assurer le fonctionnement d'un service public régi par l'Etat.

Art. 2. — Les fonctionnaires civils (à l'exception des officiers de police judiciaire énumérés à l'article 9 du Code d'instruction criminelle et des agents du personnel chargé de la police) peuvent s'associer librement en vue de l'étude et de la sauvegarde de leurs intérêts professionnels.

Les associations ne peuvent être formées qu'entre fonctionnaires attachés à un même service ministériel ou à une même régie financière. Elles sont soumises à la déclaration et aux formalités prescrites par l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901.

Art. 3. — Les associations peuvent présenter directement aux chefs de leurs services et au ministre, après en avoir avisé leurs directeurs ou directeurs généraux, les vœux qu'elles croient devoir formuler sur les questions se rattachant à leur objet.

Elles ont le droit d'ester en justice sans autorisation spéciale.

Elles peuvent poursuivre devant la juridiction compétente l'annulation des mesures prises contrairement aux dispositions législatives et réglementaires, sans préjudice des recours individuels formés par les intéressés.

Elles peuvent acquérir à titre onéreux, posséder, et administrer :

1° Les cotisations de leurs membres ou les sommes au moyen desquelles ces cotisations ont été rédimées.

Ces sommes ne pourront être supérieures à 500 francs.

2° Le local destiné à l'administration de l'Association et à la réunion de ses membres.

Elles ont capacité pour recevoir, conformément à l'article 910 du Code civil, des dons et legs dont le montant et les revenus ne peuvent être affectés qu'à la création ou à l'entretien des œuvres d'assistance mutuelle définies par l'article 1^{er}, § 1^{er} de la loi du 1^{er} avril 1898.

Art. 4. — Les associations professionnelles régulièrement constituées entre fonctionnaires ne pourront se concerter ou s'affilier qu'entre elles et pour la sauvegarde de leurs intérêts communs.

Ces unions seront soumises aux règles prescrites par les §§ 2 et 3 de la loi du 21 mars 1884.

Art. 5. — Tout membre d'une association professionnelle peut s'en retirer à tout instant dans les conditions fixées par l'article 7 de la loi du 21 mars 1884.

Art. 6. — Tout fonctionnaire qui, sans excuse légitime, simultanément avec d'autres et après une injonction à lui adressée, aura refusé sa coopération au service public auquel il est attaché, sera révoqué de sa fonction sans préjudice des sanctions pénales.

Tout fonctionnaire qui, par paroles, écrits ou menaces, en aura provoqué d'autres à refuser simultanément leur coopération aux services publics en vue d'en suspendre ou d'en empêcher le fonctionnement sera puni d'un emprisonnement de six jours à six mois.

Si la provocation a été suivie d'effet ou si l'auteur de la provocation a usé de l'influence que ses fonctions lui donnent sur ses subordonnés pour les inciter à refuser le service, la peine pourra être portée à un an.

L'article 463 du Code pénal est applicable aux délits prévus par la présente loi.

Tout fonctionnaire condamné par application des §§ 1 et 2 du présent article sera en outre puni d'interdiction de toute fonction ou emploi public pendant un an au moins et dix ans au plus.

Art. 7. — Seront punis d'une amende de 16 à 200 francs et en cas de récidive d'une amende double, ceux qui au-

ront contrevenu aux dispositions des articles 2 et 4 de la présente loi.

Les associations irrégulièrement formées pourront être dissoutes par jugement du Tribunal civil prononcé à la requête de tout intéressé ou du ministère public.

Ce projet fut renvoyé à la Commission de l'administration générale, départementale et communale des Cultes et de la décentralisation.

ANNEXE III

Projet de loi rectifié du Gouvernement.

Le 25 mars 1907 M. le Garde des sceaux a adressé à M. le Président de la Commission un texte rectifié du projet de loi.

Il était ainsi conçu :

Art. 1. — Sont considérés comme fonctionnaires pour l'application de la présente loi, tous ceux qui, en qualité de délégués de l'autorité publique, d'employés, d'agents et de sous agents font partie des cadres permanents organisés pour assurer le fonctionnement d'un service public régi par l'Etat.

Art. 2. — Les fonctionnaires civils peuvent s'associer librement en vue de l'étude et de la sauvegarde de leurs intérêts professionnels. Les associations ne peuvent être formées qu'entre fonctionnaires attachés à un même service ministériel ou à une même régie financière.

Elles sont soumises à la déclaration et aux formalités prescrites par l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901.

Art. 3. — Les associations peuvent présenter directe-

ment aux chefs de leurs services et au ministre, après en avoir avisé leurs directeurs ou directeurs généraux, les vœux qu'elles croient devoir formuler sur les questions se rattachant à leur objet.

Elles ont le droit d'ester en justice sans autorisation spéciale. Elles peuvent poursuivre devant la juridiction compétente l'annulation des mesures prises contrairement aux dispositions législatives et réglementaires, sans préjudice des recours individuels formés par les intéressés.

Elles peuvent acquérir à titre onéreux, posséder et administrer :

1° Les cotisations de leurs membres ou les sommes au moyens desquelles ces cotisations ont été rédimées.

Ces sommes ne pourront être supérieures à 500 francs.

2° Le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres.

Elles ont capacité pour recevoir, conformément à l'article 910 du Code civil, des dons et legs dont le montant et les revenus ne peuvent être affectés qu'à la création ou à l'entretien des œuvres d'assistance définies par l'article 1^{er}, § 1^{er} de la loi du 1^{er} avril 1898.

Art 4. — Des décrets régleront dans chaque département ministériel, au point de vue de leur recrutement et de leur avancement, le statut des fonctionnaires.

Art. 5. — Tout membre d'une association professionnelle peut s'en retirer à tout instant dans les conditions fixées par l'article 7 de la loi du 21 mars 1884.

Art. 6. — Tout fonctionnaire qui, sans excuse légitime,

simultanément avec d'autres et après une injonction à lui adressée, aura refusé sa coopération au service public auquel il est attaché sera révoqué de sa fonction sans préjudice des sanctions prévues à la section III, chapitre II, titre I^{er}, livre III du Code pénal.

Art. 7. — Seront punis d'une amende de 16 à 200 francs et, en cas de récidive, d'une amende double, ceux qui auront contrevenu aux dispositions de l'article 2 de la présente loi.

Les associations irrégulièrement formées pourront être dissoutes par jugement du tribunal civil prononcé à la requête de tout intéressé ou du ministère public.

ANNEXE IV

Amendement au projet de loi sur les Associations de fonctionnaires, présenté par M. Jeanneney.

Art. 1. — Tous fonctionnaires, employés, agents, sous-agents, ou ouvriers d'un même service public régi par l'Etat peuvent, suivant les règles établies par la loi du 21 mars 1884 ou celle du 1^{er} juillet 1901, former entre eux soit des associations soit des syndicats, notamment en vue de l'étude et de la sauvegarde de leurs intérêts professionnels.

Art. 2. — Ces associations ou syndicats pourront recevoir des dons et legs conformément à l'article 910 du Code civil.

Art. 3. — Les associations ou syndicats pourront poursuivre devant la juridiction compétente l'annulation des mesures prises contrairement aux dispositions législatives ou réglementaires sans préjudice des recours individuels formés par les intéressés.

Art. 4. — Les associations et syndicats ne peuvent soit se

fédérer entre eux soit s'affilier à d'autres associations ou syndicats que moyennant une autorisation préalable et toujours révocable du ministre compétent.

Faute d'égard à la décision du Ministre sur ce point, la dissolution de l'association ou du syndicat pourra être prononcée judiciairement.

Art. 5. — En cas de conflit du travail, le recours à la procédure de conciliation ou d'arbitrage dans les formes instituées par les lois spéciales sera obligatoire.

Dans les services publics et dans les établissements industriels de l'Etat, la grève ou cessation concertée du travail est *ipso facto* une rupture du contrat de travail.

Elle donnera lieu à révocation.

Art. 6. — A défaut d'une loi organique, l'administration centrale de chaque ministère et celle de chaque service public régi par l'Etat seront, dans le délai de 6 mois de la présente loi, arrêtées par des règlements d'administration publique. Aucune modification n'y pourra être apportée que dans la même forme.

Art. 7. — Ces décrets détermineront le statut du personnel permanent pour ce qui concerne la hiérarchie, le recrutement, les traitements, l'avancement, les permutations, la mise en disponibilité ou en retraite et la discipline.

Ils prévoiront l'institution de Conseils administratifs chargés de présenter au ministre des vœux touchant le bien du personnel ou du service, de donner avis sur les recours hiérarchiques formés par un des membres de ce

personnel et de constituer des juridictions disciplinaires. Le personnel y élira des délégués.

Art. 8. — Des règlements d'administration publique pourront également régler la situation du personnel des services publics régis par les départements et les communes. Les dispositions de la présente loi leur deviendront alors applicables.

ANNEXE V

Proposition de loi relative au statut des fonctionnaires professionnels dans les divers services publics civils, présentée par MM. F. Buisson, F. Dubief, J. Reinach, Dejeante et Violette (30 janvier 1908).

(Doc. parlam., n° 1482), Rapporteur, M. Chaigne.

TITRE I

Dispositions générales.

Art. 1. — Quiconque occupe dans un service public un emploi permanent, rétribué sur un traitement annuel est réputé fonctionnaire au sens de la présente loi et doit comme tel satisfaire aux obligations et bénéficier des garanties qu'elle institue.

Art. 2. — Dans un délai d'un an à dater de la promulgation de la présente loi, des règlements d'administration publique devront organiser les différents corps de fonctionnaires rétribués par l'Etat en se conformant aux règles dictées par la dite loi.

La situation des fonctionnaires départementaux et communaux fera l'objet de règlements spéciaux.

TITRE II

Conseils du personnel.

Art. 3. — Tout dépositaire de l'autorité : ministre, préfet, gouverneur, chef d'administration, ayant qualité pour nommer ou révoquer les fonctionnaires d'un corps ou d'une catégorie donnée, est assisté d'un Conseil consultatif qui représente auprès de lui les intérêts de ces fonctionnaires.

Art. 4. — Ces conseils, dits Conseils du personnel, sont composés, moitié de membres de droit, moitié de membres élus.

Les membres de droit sont pris parmi des fonctionnaires les plus élevés en grade et suivant leur ordre d'ancienneté : le plus ancien préside le Conseil et a voix prépondérante.

Les membres élus sont répartis de manière que chaque grade soit représenté.

Cette répartition et l'organisation des élections seront assurées par les règlements organiques.

Art. 5. — Les Conseils du personnel exercent les attributions qui leur sont conférées par la présente loi et par les règlements organiques. Ils peuvent émettre des vœux

sur toute question intéressant le personnel qu'ils représentent.

TITRE III

Recrutement.

Art. 6. — Nul ne peut être admis dans une catégorie de fonctionnaires par voie de première nomination qu'après avoir justifié qu'il possède la capacité initiale nécessaire.

Toutefois l'autorité compétente a le droit de s'opposer à l'inscription d'un candidat dont les antécédents lui paraîtraient incompatibles avec son admission dans un service administratif.

Toute personne dont la candidature est écartée a le droit de connaître les motifs de ce rejet.

Art. 7. — Est nulle toute première nomination faite à un autre grade que le moins élevé dans chaque catégorie de fonctionnaires.

Art. 8. — La capacité du candidat à une première nomination s'établit cumulativement par :

1° La production des certificats d'instruction délivrés par l'Etat.

2° Un concours d'admissibilité.

3° Un stage probatoire suivi, s'il y a lieu, d'un examen pratique.

Art. 9. — Le stagiaire reçoit un traitement ; le temps de stage compte pour le calcul du droit à la pension.

Art. 10. — Les candidats admis sont nommés dans l'ordre résultant à la fois de leurs notes de concours, de stage et d'examen.

Art. 11. — Dans des cas déterminés par les règlements organiques le diplôme de sortie d'une école préparatoire et la préparation par des corps universitaires ou savants peuvent tenir lieu des titres et épreuves énumérés par l'article précédent.

Art. 12. — Il n'est rien modifié aux dispositions de la loi sur le recrutement de l'armée réservant certains emplois aux anciens militaires.

Art. 13. — Une proportion des emplois de percepteur, de receveur particulier et de trésorier payeur général est attribuée aux citoyens ayant rendu des services publics gratuits. Cette proportion est déterminée par les règlements organiques.

Art. 14. — Les nominations aux emplois d'ambassadeur, de préfet de la Seine et de police, de gouverneur général des colonies ne sont pas soumises aux règles de la présente loi.

TITRE IV

Avancement.

Art. 15. — Nul ne peut être promu à un grade supérieur s'il ne figure en tête du tableau d'avancement ou s'il n'est l'objet d'une décision spéciale et motivée du

Conseil des ministres qui devra être publiée au *Journal Officiel*.

Art. 16. — Les fonctionnaires de chaque grade sont inscrits au tableau d'avancement dans l'ordre résultant à la fois de leur ancienneté effective et des présentations dont ils ont pu être l'objet à raison de la valeur particulière de leurs services. Les règlements organiques déterminent pour les fonctionnaires de chaque grade la proportion que pourront atteindre les promotions au choix ainsi que les conditions de présentation.

Les propositions appuyées de motifs précis sont portées à la connaissance du personnel. Après avoir pris l'avis du Conseil du personnel sur les recours qui pourraient lui être adressés à l'occasion de ces propositions, le dépositaire de l'autorité arrête définitivement la liste des promotions au choix.

Art. 17. — Les promotions au grade le plus élevé de chaque carrière sont faites sans tableau d'avancement, mais les choix ne peuvent porter que sur des fonctionnaires du grade immédiatement inférieur.

En cas de services exceptionnels un fonctionnaire peut être inscrit d'office sans condition d'ancienneté en tête du tableau d'avancement mais seulement après avis favorable du Conseil du personnel.

Art. 18. — Est écarté du tableau d'avancement le fonctionnaire que les notes de ses supérieurs hiérarchiques représente unanimement comme n'étant pas en mesure d'occuper le grade supérieur.

Art. 19. — Dans les carrières dont la hiérarchie comprend plusieurs catégories de fonctionnaires ayant chacune leur recrutement propre, le règlement organique détermine, s'il y a lieu, les conditions de passage d'une catégorie à une autre.

Art. 20. — Chaque grade autre que le plus élevé comporte un traitement minimum et un traitement maximum. Le fonctionnaire passe de l'un à l'autre par augmentations annuelles dont le montant est fixé par les règlements organiques.

Toutefois, cette augmentation peut être différée d'un an au plus en cas d'opposition motivée faite par le chef duquel il relève au point de vue des propositions pour l'avancement.

Art. 21. — Aucune recommandation d'un membre du Sénat, de la Chambre des députés ou d'un Conseil élu ne devra être reçue et prise en considération par ceux qui, d'après la présente loi, ont qualité pour faire subir les examens ou nommer aux emplois.

Il sera fait mention au dossier des fonctionnaires des infractions au présent article et elles pourront donner lieu à des peines disciplinaires.

TITRE V

Permutations.

Art. 22. — Un règlement d'administration publique déterminera les corps entre lesquels pourront avoir lieu des

permutations, établira une équivalence entre leurs grades respectifs et fixera les règles et conditions de la permutation.

Est nulle toute permutation non prévue par ce règlement.

Le règlement organique de chaque corps détermine la proportion d'emplois de chaque grade qui peuvent être occupés par des fonctionnaires venant d'un autre corps.

Art. 23. — Le permutant prend rang d'après son temps de grade sur la liste d'ancienneté de ses nouveaux collègues.

Toutefois, il ne peut être l'objet d'une promotion que trois ans après sa permutation.

TITRE VI

Discipline.

Art. 24. — Les peines disciplinaires du premier degré sont : la réprimande, la censure, les amendes dans la limite d'un sixième du traitement pour une année, le retard pour un an au plus de l'augmentation annuelle et le changement de résidence à égalité de traitement.

Ces peines sont prononcées par l'autorité après avis du supérieur hiérarchique de l'intéressé.

S'il s'agit d'un juge, la peine de déplacement ne peut être prononcée que dans les formes prescrites par l'article suivant.

Dans le cas où la peine du changement de résidence ne pourrait être appliquée, elle est remplacée par une amende dont l'autorité fixera le montant suivant les circonstances dans les limites ci-dessus fixées.

Art. 25. — Les peines du second degré sont : la rétrogradation au grade immédiatement inférieur, le déplacement d'office avec disgrâce, la mise à la retraite d'office, la révocation.

Ces peines sont prononcées par une juridiction disciplinaire constituée en premier ressort par les Conseils du personnel formés en tribunaux disciplinaires, et en appel par une cour disciplinaire composée de deux sénateurs, de deux députés, de deux conseillers à la Cour de cassation, de deux conseillers d'Etat élus par leurs collègues, le président devant être choisi parmi les membres parlementaires et ayant voix prépondérante.

Les décisions de ces tribunaux sont rendues dans les formes ordinaires de la justice, c'est-à-dire après une instruction préliminaire et un débat oral pour lequel l'intéressé peut se faire assister d'un défenseur et citer des témoins. L'audience est publique, à moins que le président n'ordonne le huis-clos. La décision est motivée.

Un fonctionnaire délégué par l'autorité compétente remplit les fonctions du Ministère public.

L'appel peut être formé, soit par le fonctionnaire inculqué, soit par l'autorité.

Art. 26. — Aucun fonctionnaire ne peut être l'objet d'une mesure disciplinaire qu'après qu'il aura été invité à

prendre communication de son dossier conformément à l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 et à fournir ses justifications écrites.

TITRE VII

Déplacement. Disponibilité. Retraite. Licenciement.

Art. 27. — Le déplacement qui ne résulte pas d'une des mesures disciplinaires ci-dessus prévues ne peut être prononcé que sur la demande ou l'acceptation du fonctionnaire ou bien pour cause, soit de modification des cadres, soit d'autres nécessités du service dûment constatées et dans ces deux derniers cas, après avis conforme du Conseil du personnel.

S'il s'agit d'un juge, le déplacement pour nécessité de service ne peut avoir lieu que sur avis conforme de la Cour de cassation.

Art. 28. — Un fonctionnaire ne peut être mis en disponibilité que sur sa demande et en cas de suppression de son emploi.

Toutefois, les secrétaires généraux ou directeurs de ministère, les directeurs généraux d'administration, les ambassadeurs et chefs de légation, les procureurs généraux près des Cours d'appel, les préfets, les gouverneurs peuvent être mis en disponibilité pour raison d'ordre gouvernemental.

Le fonctionnaire mis en disponibilité sur sa demande

n'a droit à aucun traitement ; le fonctionnaire mis en disponibilité d'office a droit à un traitement qui est fixé par les règlements.

Art. 29. — Un fonctionnaire peut être mis à la retraite, soit sur sa demande, soit par suite de suppression d'emploi, soit parce qu'il atteint la limite d'âge réglementaire, soit d'office.

Un règlement d'administration publique spécial pris sous le contreseing du ministre du finances fixe l'âge réglementaire de la retraite dans les différents corps de fonctionnaires.

Un fonctionnaire ne peut être mis à la retraite d'office que par mesure disciplinaire ou s'il est incapable de remplir utilement les devoirs de sa fonction. Si cette incapacité provient de son état de santé, la mesure doit être appuyée d'un avis unanime de ses différents chefs hiérarchiques.

Art. 30. — Si un fonctionnaire n'ayant pas encore acquis de droits à la pension est incapable de remplir utilement ses devoirs professionnels, il est licencié ; cette mesure est prise dans les formes prescrites par le premier paragraphe de l'article précédent. Le fonctionnaire licencié a droit au remboursement des sommes retenues sur son traitement pour le service des pensions. Dans le cas où cette incapacité proviendrait de son état de santé, il peut, en outre, lui être accordée une indemnité annuelle et renouvelable dont le montant sera fixé suivant les circonstances.

Art. 31. — Le fonctionnaire dont la démission est acceptée a droit au remboursement des retenues effectuées sur son traitement pour le service des pensions.

TITRE VIII

Réclamations et recours contentieux.

Art. 32. — Toute réclamation hiérarchique adressée par un fonctionnaire à l'autorité dont il dépend doit recevoir une réponse. Ce recours est formé par écrit et instruit par le Conseil du personnel qui formule un avis après avoir entendu l'intéressé.

Art. 33. — Tout fonctionnaire est juridiquement fondé à attaquer par voie contentieuse sous la forme d'un pourvoi devant le Conseil d'Etat toute mesure prise en violation de la présente loi ou des règlements organiques du corps auquel il appartient.

TITRE IX

Dispositions spéciales aux emplois subalternes des administrations de l'Etat.

Art. 34. — Les dispositions de la présente loi sont applicables au personnel occupé à titre permanent dans les emplois subalternes des administrations de l'Etat et

chargé soit de surveillance, soit de travaux manuels techniques sous les réserves énoncées dans les articles ci-après.

Art. 35. — Nul ne peut être nommé employé d'une administration subalterne de l'Etat s'il ne justifie de la possession du certificat d'études primaires et s'il n'a rempli les obligations du service militaire.

Art. 36. — A l'exception des places réservées par la loi aux sous-officiers et anciens militaires, nul ne peut être nommé après l'âge de trente ans.

Art. 37. — Le stage imposé au candidat n'excédera pas la durée d'un an. Le candidat devra être avisé de la décision le nommant définitivement ou le congédiant au moins 2 mois avant l'expiration du stage.

Art. 38. — Aucun employé subalterne ne peut être maintenu en fonctions après l'âge de 60 ans.

Art. 39. — Les règlements organiques prévus par la présente loi détermineront :

- 1° Le classement du personnel en deux catégories ;
- 2° Les traitements maxima et minima de ces catégories ;
- 3° Le taux des indemnités par ronde de nuit ;
- 4° Les conditions spéciales relatives à l'habillement, au logement, aux indemnités en nature, au chauffage et à l'éclairage ainsi que les retenues qui pourront y être appliquées d'après un tarif uniforme pour les diverses administrations.

Art. 40. — La retraite sera assurée au personnel en

exercice par les soins de la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse, moyennant une retenue de 5 0/0 sur le traitement de l'employé et un versement égal de l'Etat.

Art. 41. — Tout employé dont le traitement actuel est inférieur au minimum fixé pour sa catégorie par les règlements organiques, sera porté à ce minimum avec effet rétroactif à partir de la promulgation de la présente loi.

Tout employé dont le traitement actuel est supérieur au maximum que fixeront les règlements organiques conservera ce traitement mais rentrera dans les conditions du tarif nouveau dès la première promotion.

Art. 42. — L'ensemble des traitements des employés subalternes formera un chapitre spécial dans chaque budget.

Art. 43. — Sont abrogées toutes les dispositions contraires à la présente loi.

BIBLIOGRAPHIE

- Aucoc. — Conférences sur l'Administration et le droit administratif.
3 vol., 1869-1876.
- Artur. — Séparation de pouvoirs et séparation de fonctions.
Revue du droit public, 1900, t. XIII et XIV, 1902, t. XVII, 1903,
t. XX.
- Bequet. — Répertoire de droit administratif, V^o Fonctionnaires
publics. Décentralisation.
- Blanche. — Dictionnaire général de l'Administration, 2^e édit., 1904.
- Block et Maguero. — Dictionnaire de l'Administration française,
5^e édit., 1905.
- Bluntschli. — Théorie générale de l'Etat. Traduction Riedmatten.
1881.
- Berthelemy. — Traité élémentaire de Droit administratif.
- J. Bryce. — La République américaine. 4 vol., 1901, spec., t. I
et II.
- Brémont. — Des actes de Gouvernement. *Revue du droit public*,
1896, I, p. 23.
- A. Chauveau. — Théorie du Code pénal, 6 vol., édit. Villey.
- Dalloz. — Répertoire alphabétique et supplément. V^o Discipline
judiciaire. Responsabilité.
- Dalloz. — Code pénal annoté : articles 64, 114, 190, 327.
- R. Dareste. — La justice administrative, 2^e édit., 1899.
- Dufour. — Traité général de Droit administratif appliqué. 8 vol.
5^e édit., 1863-1870.
- Ducroq. — Cours de Droit administratif, 6 vol., 7^e édit., 1897.

- Duguit. — Etudes de droit public, 2 vol., 1901-1903.
- Dupont-White. — L'individu et l'Etat, 2^e éd., 1857.
- Esmein. — Eléments de droit constitutionnel, 2^e éd., 1899.
- Garçon. — Code pénal annoté. 2 vol., articles 64, 114, 190, 327.
- Garraud. — Précis de droit criminel. 6^e éd., 1898.
- Garraud. — Traité de droit pénal français, 6 vol., 3^e éd., 1898.
- Garsonnet. — Traité théorique et pratique de procédure civile, 2^e éd., 1898.
- G. Jèze. — Principes généraux du droit administratif.
- Hauriou. — Précis de droit administratif, 4^e éd., 1901.
- Korkounov. — Cours de théorie générale du droit, traduction Tchernoff, 1903.
- Laband. — Le droit public de l'empire allemand. Traduction Boucard et Jèze, 1900-1901.
- Larnaude. — Cours de droit public général, 1900-1901, 1903-1904, 1905-1906. — Notre programme, *Revue du droit public*, 1894, I, p. 1.
- Laferrière. — Traité de la juridiction administrative, 2 vol., 2^e éd., 1896.
- Leroy-Beaulieu. — L'Etat moderne et ses fonctions, 1891.
- Otto Mayer. — Le droit administratif de l'empire allemand, 4 vol., 1903, spec., t. IV.
- Michoud. — De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents. *Revue du droit public*, 1895, t. III et IV.
- Morin. — De la discipline des Cours et Tribunaux, 2 vol., 1868.
- Ortolan. — Eléments de droit pénal, 5^e éd., 1886, sp., t. I et II.
- Perrean. — Le Contrôle hiérarchique, *Revue du droit public*, 1897, t. VII et VIII.
- Perriquet. — Les Contrats de l'Etat, 2^e éd., 1890.
- Revue Pratique. — Année 1864, t. XVII. La sollicitation d'action, par Bouchené-Lefer.
- Schmidt. — Les Arrêts du conseil supérieur de l'Instruction publique, 1887-1899, Paris, 1899.
- Seydel. — Baierisches Staatsrecht, 4 vol., 2^e éd., Munich, 1896.
- Trolley. — De la hiérarchie administrative, 4 vol.
- Vivien. — Etudes administratives, 2 vol., 3^e éd., 1859.
- Welker. — V^o Staatsdienst dans le Staatslexikon de Rotteck et Welker, t. XII, p. 576, 3^e éd., Leipzig, 1865.

THÈSES

Durand. — De la discipline dans la Magistrature, Paris, 1894.

Kammerer. — La fonction publique d'après la législation allemande, Paris, 1898.

A. Mestre. — Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale. Paris, 1899.

Mouron. — Des poursuites disciplinaires. Lille, 1885.

H. Nézard. — Théorie juridique de la fonction publique, Paris, 1901.

H. Nézard. — Les principes généraux du droit disciplinaire. Paris, 1902.

TABLE ALPHABÉTIQUE

- Actes d'autorité (responsabilité), p. 28.
Actes de gouvernement, 156.
Actes discrétionnaires, 154.
Administration (caractères généraux), 9.
Amnistie, 271.
Associations de fonctionnaires, 273. — Leur légalité, 274. — Leur développement, 277. — Les projets de loi sur les Associations de fonctionnaires, 282. — Textes des projets de loi : Annexes II, III et IV.
- Commandement (Droit de), 72, 112.
Commandement (Contre-partie du droit de), 124.
Commune (Agents de la), 104.
Contentieux (Création du), 194.
Contrôle (droit de), 116.
- Décentralisation, 11, 96.
Décision préalable (Théorie de la), 149, 194.
Délai du recours contentieux précédé d'un recours hiérarchique, 187.
Délégation de pouvoir, 69.
Département (Agents du), 103.
Discipline des fonctionnaires publics, 218. — Action disciplinaire et action pénale, 248. — Discipline étatique, 223. — Discipline hiérarchique, 251. — Discipline juridictionnelle, 263. — Droit disciplinaire : généralités, nature juridique, but, 218. — Faute disciplinaire professionnelle et privée, 228. — Peine disciplinaire, 238. — Procédure disciplinaire, 248. — Recours contre les sanctions

prononcées par voie hiérarchique, 259, par voie juridictionnelle, 268.

Etat, son rôle, 1.

Etat de siège, 65.

Etats-Unis (organisation provinciale, 108.

Fonction publique, 31. — Critérium, 32. Annexes II, art. 1 et Annexes III, art. 1. — Nature juridique, 35.

Gestion (Actes d'autorité et de), 27, 42.

Grande-Bretagne (Absence de hiérarchie), 137.

Grâce (Droit de), 269.

Grève de fonctionnaires, 285.

Hiérarchie. — Pouvoir hiérarchique, son fondement 15, comment il s'exerce, 75. — Séparation des hiérarchies, principes et exceptions, 61. — Système de la hiérarchie, 5. — Titulaires du pouvoir hiérarchiques, autorités administratives, 67.

Juges et administrateurs, 83.

Magistrats, 81.

Maire (comme supérieur hiérarchique), 104.

Ministère, 57.

Ministère public, 93.

Ministre-juge (Théorie du), 144.

Obligations des Fonctionnaires, 233.

Ordre illégal (responsabilité de celui qui l'exécute), 128.

Pénal (Le droit disciplinaire et le droit), 226.

Personnalité morale, 23.

Pouvoir propre, 68.

Préséances 75. Annexe I.

Président de la République (n'est pas le supérieur des ministres), 54.

Police judiciaire (Officiers de), 63.

Recours hiérarchique, 74, 141. — Combinaison du recours hiérarchique avec le recours Contentieux, 187. — Effets, 182. — Mo-

- tifs, 17. — Procédure, 176. — Recevabilité (capacité des parties
délais, acquiescement, recours parallèle), 152. — Rôle, 211.
- Recours hiérarchique allemand, 214.
- Recours pour excès de pouvoir. — Combinaison avec le recours
hiérarchique, 187. — Moyen de protection des fonctionnaires
contre les sanctions disciplinaires 46, 259.
- Règlement d'administration publique, 161.
- Réquisition de la force armée, 64.
- Responsabilité du supérieur comme fondement du pouvoir hiérar-
chique, 16.
- Responsabilité de l'Etablissement public comme fondement du pou-
voir hiérarchique, 22.
- Ressort (système du), 86.
- Séparation des Hiérarchies. V. Hiérarchie.
- Séparation des pouvoirs, 81.
- Silence gardé par les Autorités administratives, 185.
- Sous-secrétaires d'Etat, 55.
- Statut des Fonctionnaires, 49, 288. Texte de la proposition de loi
sur le statut des fonctionnaires, Annexe V.
- Substitution d'action, 99, 119.
- Syndicats de fonctionnaires. V. Associations.
- Tribunaux administratifs (Membres des), 91.
- Tutelle administrative, 96.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
CHAPITRE I. — La hiérarchie administrative française . .	9
Section I. — Caractères généraux de l'organisation administrative	9
Section II. — Le fondement du pouvoir hiérarchique. .	15
§ 1. — La responsabilité du supérieur	16
§ 2. — La responsabilité de l'établissement public . .	22
§ 3. — La fonction publique	31
CHAPITRE II. — Le pouvoir hiérarchique	53
Section I. — Le principe de la séparation des hiérarchies.	
Les titulaires et les sujets du pouvoir hiérarchique. .	53
Section II. — Comment s'exerce le pouvoir hiérarchique.	75
CHAPITRE III. — Les exceptions au principe de la hiérarchie.	81
Section I. — Les membres de la magistrature. Le ressort.	81
§ 1. — Les tribunaux judiciaires	81
§ 2. — Les tribunaux administratifs. Le ministère public.	91
Section II. — Les autorités décentralisées. La tutelle . .	96
CHAPITRE IV. — Le droit de commandement.	112
Section I. — Le droit de commandement	112
A. La direction	113
B. Le contrôle	116
Section II. — La contre-partie du droit de commande-	
ment	121

CHAPITRE V. — Le recours hiérarchique	141
Section I. — La nature du recours hiérarchique	141
Section II. — L'organisation du recours hiérarchique. Son fonctionnement.	152
§ 1. — De la recevabilité du recours :	152
A. De l'acte incriminé.	152
B. Capacité et intérêt exigés des parties requérantes.	167
C. Délai. Acquiescement. Recours parallèle	168
§ 2. — Motifs du recours	172
§ 3. — Procédure du recours.	176
§ 4. — Effets du recours	282
Section III. — Combinaison des recours hiérarchique et contentieux	187
§ 1. — Combinaison des recours hiérarchique et conten- tieux au point de vue des délais.	187
§ 2. — Du recours hiérarchique comme moyen de créer le contentieux	194
Section IV. — Du rôle du recours hiérarchique	241
CHAPITRE VI. — Le pouvoir disciplinaire	248
Section I. — Le pouvoir disciplinaire. Généralités	248
Section II. — La faute et la peine disciplinaires.	228
§ 1. — La faute disciplinaire	228
§ 2. — La peine disciplinaire	238
Section III. — La procédure disciplinaire	248
§ 1. — La discipline hiérarchique	251
§ 2. — La discipline juridictionnelle	263
SUPPLÉMENT. — Les Associations de fonctionnaires.	273
— — Le statut des fonctionnaires.	288
CONCLUSION.	291
ANNEXE I. — Texte du projet relatif aux cérémonies publiques, préséances honneurs civils et militaires (16 juin 1907)	297
ANNEXE II. — Texte du projet de loi sur les associations de fonctionnaires déposé par le gouvernement (11 mars 1907).	330
ANNEXE III. — Texte du projet de loi rectifié du gouvernement.	334

ANNEXE IV. — Amendement au projet de loi sur les associations de fonctionnaires présenté par M. Jeanneney. . .	337
ANNEXE V. — Texte de la proposition de loi relative au statut des fonctionnaires professionnels dans les divers services publics civils présentée par MM. E. Buisson, F. Dubief, J. Reinach, Dejeante et Violette (30 janvier 1908).	340
BIBLIOGRAPHIE.	353
TABLE ALPHABÉTIQUE.	357

